HUGONIS
DONELLI
JURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA
Tomus Undecimus
ET
COMMENTARIORUM
IN SELECTOS QUOSDAM TITULOS
DIGESTORUM
Volumen Secundum.

Accedunt Castigationes Theologicæ.

MACERATAE MDCCCXXXIII.
EX OFFICINA BENEDICTI q. ANTONII CORTESI.

SUMPTIBUS EDITORUM
Superiorum Permissu.

ILLUSTRISSIMO
ET
POTENTISSIMO PRINCIPI
AC DOMINO, DOMINO
WILHELMO LANDGRAVIO
HASSIÆ, COMITI IN CATZENELBOGEN, DIETZ, ZIEGENHAIN, ET NIDDA, ETC.
DOMINO SUO CLEMENTISSIMO

Mirabitur fortasse aliquis, Illustrissime Princeps, quid sit, cur ego, qui non solum aliis rebus existimor C. T. extraneus, sed etiam ita vixi, ut ne de facie quidem tibi antea sim notus: instituam tamen C. T. offerre meas cogitationes, et illustrissimo nomini tuo inscriptas in publicum dare. Et poterat merito novum, atque adeo insolens videri, si de eo ex aliena notitia potius, quam scribentis: ex huius conditione potius quam ex officio iudicaretur. Sed parum refert, notus sit, an ignotus, qui scribit, si ad quem scribitur, is est notissimus: multoque minus ad rem pertinet conditio personæ, si quis quid debet, et in eo sua præstatione defungitur. Quorum utrumque in hac re mihi accidit. Ego ignotus C. T. at non tu item, Illustrissime Princeps, scribenti ignotus. Privati, ut est conditio, latere possunt: summorum Principum vita in hoc veluti theatro totius orbis collocata in obscuro esse non potest: cumque se inde longe lateque spectandam præbeat, a summis pariter et infimis illorum facta gestaque conspiciantur, necesse est: Illustrium præsertim et præstantium, quorum virtus et splendor varie emicans ultro in oculos etiam nec cogitantium incurrit. Quis autem inter summos et claros Principes te hodie vivit illustrior? et ego, quem Deus Heidelbergæ, id est, ab ista luce non procul, aliquot iam annos consistere voluit, virtutem illam iampridem tacitus observo. Quod si vel summi Principes latere, vel eorum vita privatos omnes fugere posset: non ideo tamen privati, cuiuscunque generis sint, bonis et sapientibus Principibus nihil debent. Quæretur igitur, quid ego, quid alii ignoti, et maxime exteri illis debeant. Quæratur potius, quid his omnes omnium ordinum homines quamvis remotissimi non debeant. Etenim illa non magis splendida per se, quam salutaris bonorum Principum virtus nullis certis locis, nullis finibus inclusa est, ad summos et infimos, ad ignotos æque ac notos, ad exteros æque atque cives et populares permeat, omnesque suis meritis complectitur. Quia enim boni Principes divinitus docti intelligunt se a Deo constitutos esse, quo in rerum maximarum gubernatione Dei gloriæ serviant primum, deinde aliorum saluti et commodis serviant: eo fit, ut in his duabus rebus præcipue occupentur, ad easque obtinendas omnia consilia, studia omnia, opes, potentiam conferant. Hinc illis prima cura de gloria Dei quam longissime propaganda. Quæ quia in huius vera cognitione atque cultu posita est, quorum utrumque ex verbo Dei et salutis doctrina petitur: ideo ante omnia dant operam, ut hæc ipsa cognitio, atque hic cultus in suis ditionibus inde, unde oportet, pure fideliterque sanciatur, Dei per se san-

sanctum nomen recte audiat, invocetur, laudetur, celebretur. Quod beneficium in genere humano quale sit et quantum, quaeri non oportet. Est enim illud, non solum quo nullum est maius, sed etiam quod quale sit, ne cogitari quidem potest. In hoc enim salus est hominum sita omnis; hoc uno æterna et beata vita continetur: Neque vero beneficium est eorum tantum, qui sunt eiusdem regionis. Si Dei gloria filios Dei attingit, eamque illi recte suam putant: necesse est, quicunque usquam nomen Dei invocant, eique serviunt, ad eos omnes hoc beneficium pertineat. Quamquam et ad aliorum salutem non minus hoc quoque pertinet. Etsi enim ita sunt regna et imperia distincta, ut Principes in exteros populos nihil iuris habeant: tamen in suis quique ditionibus veritatis doctrinam sancte ac religiose statuendo perficiunt, ut illinc bonorum et fidelium cum pastorum tum doctorum voces etiam apud nationes quam longissime dissitas a piis et fidelibus exaudiantur: quibus excitati atque eruditi ingrediantur et ipsi eandem salutis viam, unde et ad eandem æternam vitam tandem beati perducantur. Quam laudem permultis præstantibus atque optimis Germaniæ Principibus memoria nostra contigisse scimus. Hæc eadem cogitatio, et magnorum atque excelsorum animorum divina vis bonorum Principum mentibus a Deo insita facit, ut iidem in hominum iuvandorum studio non de paucis quibusdam, aut etiam de subditis tantum, sed de omnium quamvis alienorum, non tantum Principum, sed etiam privatorum commodis et utilitatibus cogitent, nec quidquam putent beatius, quam non dico multis, sed omnibus prodesse; quod et omni clementiæ, humanitatis, benignitatis genere consequi student. Quamquam autem fieri non potest, ut ad omnes homines hæc beneficentia recta perveniat: tamen et illustri exemplo ad idem imitandum provocant Principes alios, et bonis, quibus possunt, benefaciendo hoc assequuntur, ut vel hoc nomine omnes pii, qui ubique sunt, se illis eadem omnia debere agnoscant. Est enim una quædam cognatio inter homines, sed maxime inter bonos et pios a Deo constituta, qua fit, ut quod uni præstitum est, id omnes in se collatum existiment. Dici igitur non potest, quod supra posueram, quid quantumque bonis et salutaribus Principibus ab omnibus debeatur. Si in ullis Principibus ingentia hæc Dei dona exstiterunt, quales et multi fuerunt antea, et nunc sunt: quæ in cæteris magna et praeclara vere dici possunt, hæc in te, Illustrissime Princeps, omnium prædicatione summa sunt, et prope singularia: pietatis illius veræ studium, Reip. recte regendæ atque administrandæ cura, pacis ac tranquillitatis publicæ amor, erga subditos caritas, erga afflictos misericordia, erga exteros mansuetudo, erga hospites et peregrinos, præsertim pios illa, quæ verbo Dei tantopere laudatur et præcipitur hospitalitas, in omnes benevolentia, denique de omnibus bene merendi studium. De quibus facilius est nobis apud alios sentire et loqui, quam ad te scribentem dicere, ne quod vere dicere et prædicare possumus, si in hos dicatur, magis assentatio dicendi, quam veritas expressisse videatur. Sed tamen quod sine assentatione liceat scribere, feruntur ista omnium bonorum, doctorumque et literis et sermonibus; quas ob res iampridem C. T. consecuta est, ut præstantia illa suspiciatur, ametur, et colatur ab omnibus cum tuis, tum exteris, quorum ne nomen quidem unquam ad te pervenit, ac fortasse etiam nunquam postea perventurum est. Nec mirum: est enim blanda illa quidem, sed tamen potens animorum victrix et conciliatrix virtus: quæ a quibus cerni potest, eos mirabiliter sibi adiungit, atque ita devincit, ut plane suos faciat. Atque ut id ita non fieret: non eo minus tamen ea sunt merita illarum virtutum, quibus nihil possit dignum ab omnibus rependi. Quod ad me attinet,

ego

ego ac Illustrissimi nominis tui, et virtutum illarum fama permotus, postquam accessi propius, et cognovi, quæ esset omnium de tua excellente virtute costans prædicatio et consensus, quasi unus ex illis, ad quos earum rerum fructus pertineret, aut unus aliquis eiusdem civitatis municeps, tantum me privatim C. T. debere statui, quantum salutari Principi subditi, patri patriæ boni cives se debere confitentur. Id ego si qua ratione dependere cupiam, non vereor, ne cui in eo reprehendatur non magis voluntarium, quam necessarium officium meum. Ego vero cupio, Illustrissime Princeps, et ut contingat, non rebus aliquibus maioribus, quæ in me non sunt, et quas multo minus a tuis C. T. requirit, sed his quæ mihi a Deo conceduntur, grata ac pia nominis tui recordatione, tum omni animi cultu atque observantia contendam. Huius animi et observantiæ testificandæ ratio nobis relinquitur in literis, ex quo genere cum essent hi Commentarii, qui ad editionem parabantur, putavi me recte et ex superiore illo officio facturum, si eos iam tum tibi destinatos, cum ante aliquot menses hac iter faceres, nunc demum cum eduntur, C. T. consecrarem: sicque cogitavi, tibi Principi Sapientissimo, et doctissimo, et facta cuiusque atque officia, non ex vulgi opinione, sed recte et ex vero æstimandi nunquam improbari posse eum cultum, quem officii ratio, et mandatum Dei cuiquam præscripsisset. Idque etiam ita feci. Haud magna in re scio, hic cultus mihi ostenditur, si cum splendore C. T. comparetur: sed si nihil aliud, certe Commentarii, ut poterunt, te loquentur, et hoc testabuntur; tanto te digniorem Principem esse omni cultu, quanto qui præstat, omnibus rebus est inferior. Si munus spectatur, nulli potuit deferri convenientius: est enim ex optimo genere literarum, idest, ex Iure Civili, et in hoc ex ea parte, quæ excellere putatur. Tu ad eas laudes virtutis, quas supra dixi, adiunxisti singulare virtutum omnium ornamentum, eas literas, atque eam doctrinam, non solum quæ sit supra aliorum Principum morem, sed etiam quam literati et doctissimi etiam homines assidue in literis versati æqualibus suis invideant: ut de literis nemo quam tu melius possit iudicare: quo etiam nomine speravi munus C. T. non ingratum futurum. Sed totum ita futurum est, ut erit favor tuus. Ego autem non dubito, quæ C. T. clementia et benignitas est, quin et deferentis animum, et munus ipsum consueto favore tuo complectare: quod tamen ut facias, qua me animi demissione facere decet, C. T. oro. Cum hoc piæ observantiæ, et literis tribueris; tum hæ ipsæ literæ hoc quoque exemplo doctæ magis ac magis dicent non abs re esse, quod iam olim gaudeant sibi apud tantum Principem sedem ac præsidium esse constitutum. Vale Illustrissime Princeps.

Heidelbergæ, Cal Mart. CIↃ. IↃ. LXXVII.

Illustrissimæ C. T.

deditissimus.

HUGO DONELLUS.

ELEN-

ELENCHUS TITULORUM

DIG. QUOS

DONELLUS COMMENTARIIS ILLUSTRAVIT,

ET QUI HOC VOLUMINE CONTINENTUR,

ELEN-

ELENCHUS

EARUM LEGUM ET PARAGRAPHORUM.

QUARUM SINGULÆ

SUIS IN HOC VOLUMINE

COMMENTARIIS ILLUSTRANTUR.

Ad Tit. D. De Rebus Dubiis. Col. 2.

Tit. D. De Confessis.

Tit. D. Verb. obligationib.

39 *Do-*

116 *De-*

Tit. D. De Verb. significat.

HUGO-

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENT.

AD TITULUM D. DE REBUS DUBIIS

SUMMARIA.

1. Res dubiæ *quænam dicantur.*
2. *Hoc* Titulo *potissimum agitur de dubietatibus facti : nec tamen de omnibus : et de quibus agatur* , et n. 3.
4. *Quare inscriptio* Tituli *generaliter concepta.*
5. *Quare hic* Titulus *hoc loco fuerit collocatus.*

1 RES † sunt facta, et caussæ de quibus agitur. Dubiæ sunt, de quibus unum aliquid ex his quæritur, aut utrum aliquid factum sit, necne, ut in ambigue scripto testator quid senserit: *L.* 1. *L. cum in testamento*, aut, cum de facto constabit, quid sit id quod scriptum factumve est, ut in hoc iure, *incertis personis legari non posse*, quid sit incerta persona: *L. quidam*, *infr.* aut, cum de facto constabit, et quo nomine id vocetur, quæritur, quale id sit, æquum, an iniquum; iustum, an iniustum, ut, viro et uxore pariter decedentibus, quorum alter alteri aliquid donarit, utrum donatio iure valeat, necne. *L. si inter*, *infr.* Tot enim sunt natura quæstiones de unaquaque re, neque plures, in quibus omnibus rem esse dubiam dicimus, quoniam non sit certum, quid in singulis in alterutram partem statuamus.

Ergo cum hic titulus sit generalis: pollicetur, ut quidem verba sunt, agi hic de omnibus rebus, in quibus eiusmodi aliquid quæ-
2 ratur. † Sed sciendum est, de quæstione iuris paucos esse admodum locos hoc titulo: pauciores de re, in qua, quid sit id, quod fit, et de quo lege cavetur, quæritur: unam fere quæstionem et tractationem esse de rebus dubiis, in quibus de facto ambigitur. Nec male hæ res præcipue dubiæ appellantur præter cæteras. Ius namque finitum esse debet, et potest: facta etiam prudentissimos fallunt, *L. 2. D. de iur. et fac. ign.* Ac de his etiam præcipue agi oportuit, non de cæteris. Nam in quæstionibus facti communes sunt quædam præceptiones, quibus ad rem omnem dubiam explicandam adiuvari possumus. Ius autem non nisi ex legibus et omni parte iuris intelligi potest. Ut sit stultissimum, cum sint caussæ innumeræ, de quibus singulis ius constitutum est, id ius omne uno titulo complecti velle: aut, paucis expositis, putare, id ad aliarum caussarum ius cognoscendum quidquam prodesse.

Sed † nec de omnibus agi sciendum est, 3
etiam in quibus de facto quæritur. Non enim agitur de is, quatenus in iis res dubia testibus aut instrumentis demonstrari potest: solum de his agitur, in quibus, legitimis aliis probationibus deficientibus, ratione et coniectura aliqua probabili id, quod dubium est, potest explicari.

Inscribitur *de rebus dubiis* generaliter, non
de quibusdam rebus dubiis, † quia tametsi 4
pauca tantum exempla hoc titulo proponuntur ex infinitis, in quibus res facti dubia est: tamen generalia quædam præcepta traduntur; et præterea ex iis responsis, quæ hic proponuntur, alia præcepta colliguntur, quibus ad omnes res dubias decidendas uti possumus, ac non tantum ad eas species, quæ hic proponuntur. In quo cernitur utilitas huius tituli. Sunt et alii loci complures sub titulis *de legatis*, et alibi, in quibus præcepta de re dubia explicanda traduntur: sed nusquam de

hac re tota ex professo. Hic autem ex professo agitur. Unde merito hic titulus proprie *de rebus dubiis* inscriptus est.

5 Hoc genus dubii † quia præcipue in testamentis incidit, in quibus ut plurimum scriptum quid est ambigue, aut obscure: idcirco non sine ratione est hoc loco collocatus, quamquam ad interpretationem legum, et contractuum eadem præcepta pertinent.

Ad L. Fundum 1.

Papinianus lib. 7. Respon.

Fundum Mævianum, aut Seianum Titio legaverat. Cum universa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæviani rationibus demonstraretur: respondi, non videri cætera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Seiani pretium a fundi Mæviani pretio non magna pecunia distingueretur.

SUMMARIA.

1. *Si* illud, aut illud *legetur: electio est legatarii.*
2. *In ambiguo sermone id sequimur, quod is, qui loquitur, sensit.*
3. *Ubi duæ res disiunctim legatæ sunt, si altera nomine ambiguo designata fuerit: ex alterius pretio sumitur interpretatio dubiæ voluntatis.* et n. seqq.
5. *Electio constituitur inter res eiusdem, aut non longe imparis pretii.* et n. 11.
6. *Si legata sint* X. aut XV. *utra summa debeatur.*
7. *Quid iuris, si quis* X. aut XV. *stipuletur.*
8. *Legato* fundo Mæviano, aut Seiano, *cum plures sint fundi Mæviani, alias pretiosior, alias vilior debetur.*
9. *Legato* fundo Corneliano, *cum plures eiusdem nominis testator haberet, quisnam debeatur.*
10. *Duabus rebus coniunctim legatis, ex coniunctione non recte infertur, alteram alteri pretio æqualem esse debere.*

QUidam fundum a Mævio accepit; et eum ab auctore *Mævianum* nominavit. Ei prædio vicina quædam alia prædia mercatus cum esset, aut cum prius ea prædia complura haberet, omnia huic fundo Mæviano adiecit, et universam eam prædiorum possessionem fundi *Mæviani* nomine appellavit, uti facere homines consueverunt, cum fundum aliquem ampliorem, et nobiliorem reddere volunt, locupletatum multis accessionibus, ut vere latifundium queant dicere. Ita factum est destinatione patrisfamilias, ut inciperet hoc verbum, *Mævianum*, esse ambiguum, ac proprie significaret fundum illum veterem Mævianum, quem possessor a Mævio acceperat, nec cætera prædia, quæ postea adiecta sunt, contineret: quoniam illa non essent Mæviana, idest non essent a Mævio profecta; idem ex destinatione et usu loquendi patrisfamilias contineret universam eam prædiorum possessionem, quibus idem fundus ille vetus a domino auctus esset: Is possessor cum fundum alium nomine *Seianum* haberet, utrumque legavit hoc modo: *fundum Mævianum, aut Seianum Titio do lego.* Sublata hic esset omnis quæstio, si in hoc legato electionem heredi tribueremus, utrum enim ex his dare heres vellet, eum recusare non posset legatarius. Nunc autem † electio legatarii est. *L. Lucio*, 23. *D. de leg.* 2. proinde pro iure suo petit optimum, itaque Mævianum vindicat, non illum veterem, quem dixi, et quem absolute hoc loco Papinianus ex re ipsa *Mævianum* vocat, sed universam illam prædiorum possessionem, quam prædii *Mæviani* appellatione testator, dum viveret, designavit: Heres veterem Mævianum offert, hunc legatum ait, quod dicat, hunc vere dici Mævianum. Verbum ambiguum est. Certum est † in sermone ambiguo id sequendum esse, quod is qui loquitur, sensit. Quæstio, de utro fundo hic testator senserit. Respondet Papinianus fundum Mævianum (sic enim, ut dixi, veterem illum profectum a Mævio absolute nominat) voluntate testatoris deberi: cætera prædia huic postea a testatore adiecta legato non cedere, idest legato non contineri: hac conditione tamen, *si pretium fundi Seiani a fundi Mæviani pretio non magna pecunia distingueretur.* Sic enim in Pandectis Florentinis legitur, et recte.

Hoc responso hoc præceptum cum primis utile significatur, quod pertinet ad interpretationem dubiæ voluntatis in scripto ambiguo: † Quoties duæ res disiunctim legantur, ex quibus una legatur verbo ambiguo, idest, plu-

plures res significante, et quæritur, de qua
re testator senserit, interpretationem volunta-
tis ex alterius rei nominatim legatæ æstima-
tione sumendam esse. Videri enim testatorem
in verbo ambiguo de ea sensisse, quæ a pre-
tio alterius rei legatæ minus distaret. Quod
fiet in proposita hypothesi hoc modo. Si fun-
dus Mævianus vetus non multum distat a pre-
tio fundi Seiani, solus hic videbitur legatus,
non etiam cætera prædia, quæ postea acces-
serunt. Quod si pretium fundi Seiani longe
superat æstimationem fundi Mæviani illius ve-
teris: non ille tantnm vetus legatus erit, sed
etiam universa possessio, quæ fundi *Mævia-
ni* appellatione ex instituto patrisfam. conti-
nebatur.

4 Huius coniecturæ † optimam hoc loco ra-
tionem reddidit Bartolus sumptam ex natura
rei, de qua agitur. Nam cum testator de suis
rebus *illam aut*, *illam* legat electionem dat
legatario rerum legatarum. Natura electionis
5 † est hæc, ut constituatur inter res æstima-
tione pares, aut certe non longe distantes.
Nam si res æstimatione multum dispares le-
gentur, aut promittantur, quamvis disiunctim:
non tam electio data, quam res una legata,
6 aut promissa videbitur. † *Decem aut quinde-
cim*, exempli gratia, testator legavit, si dixit,
utrum legatarius volet, quindecim erunt le-
gata: nam hæc legatarius eliget. Si nihil ad-
iecit, quia heredis est electio, decem vide-
buntur legata. *L. si ita relictum* 43. §. *ult.*
7 *D. de leg.* 2. † Idemque est in hac stipula-
tione, *decem*, *aut quindecim dabis*? L. si
ita, 109. *D. de verb. oblig.*
8 Ex his apparet, † cum *fundus Mævianus*,

aut Seianus legatus est, et plures sunt fundi
Mæviani, alias eum, qui minoris pretii esti-
deberi: alias eum, qui maioris: prout scil,
cet aut hic, aut ille a pretio fundi Seiani mi-
nus recedet.

Videamus ergo, ne sit contrarium huic sen-
tentiæ, quod scriptum est in *L. cum servus*,
39. §. *scio*, *supr. de leg.* 1. † cum testator 9
legat fundum Cornelianum, et plures habet
fundos eiusdem nominis, eum deberi, qui sit
minoris pretii, nisi legatarius testatorem de
pretiosiore sensisse probet. Sed hoc postremum
omnem controversiam dirimit. Satis enim le-
gatarium probare dicimus, Mævianum amplio-
rem legatum videri, cum is a pretio fundi
Seiani non magna pecunia distinguitur. Itaque
diligenter notandum est, quod hic dicitur de
interpretatione verbi ambigui, tunc solum lo-
cum habere, cum plures res disiunctim, seu
sub alternatione legatæ sunt. Non idem pro-
baremus, si fundus Mævianus per se legatus
esset, aut legatus esset coniunctim Mævianus
et Seianus. Diceremus enim hic Mævianum ex
pluribus eum deberi, qui esset minoris pretii
tantum, non maioris. *d.* L. *cum servus*, §.
scio de leg. 1. Differentiæ hæc ratio est, quod
† unius rei legatæ coniunctio non arguit testa- 10
torem aliam rem eiusdem pretii legare voluis-
se, nihil enim prohibet, quominus testator
rem unam magni pretii leget; et alteram,
quæ sit, non dico minoris, sed minimi pre-
tii. At † rebus disiunctim legatis, electio, quæ 11
his datur, non patitur, ut testator res inter
se multum æstimatione distantes legasse videa-
tur.

Ad L.

Ad L. Civibus. 2.

Idem lib. IX. Respon.

Civibus civitatis legatum, vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.

S U M M A R I A.

1. Civibus *relictum* civitati *relictum videtur.*
2. Civium *appellatio ambigua.*
3. *Si universis civibus legatum sit, singuli non petent:* contra, *si singulis.*
4. *Si legatum sit* civibus, qui nunc sunt: *iis, qui postea existent, nihil debebitur.*
5. *Universitati relictum non debetur singulis.*
6. *Quod est universitatis, non est singulorum.*
7. *Quod debetur universitati, non debetur singulis.*
8. *Legatum civitati relictum debetur, quicunque supersint ex civibus, qui erant, cum legabatur.*
9. *Civitas est semper eadem, quæ fuit.*
10. *Testator non aliud voluisse videtur, quam quod dixit.*
11. *A verborum significatione non recedendum, nisi constet, aliud sensisse testatorem.*
12. *Relictum administratoribus civitatis videtur relictum ipsi civitati.*
13. *Non singuli cives sunt civitas, sed universi.*
14. *Civitas quid sit.*
15. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed tantum quod volumus.*
16. *Cur civibus relictum civitati relictum interpretemur.* et n. seqq.
17. *Testator præsumitur plus dilexisse patriam, quam cives singulos.*
18. *Plus notos, quam ignotos:*
19. *Ex notis plus coniunctos, quam extraneos.*
20. *Sine caussa testator non dat.*
21. *Semper id agendum, ut legatum potius valeat, quam pereat.*
22. *Testatores præsumuntur faciliores ad exonerandum, quam ad onerandum heredem.*
23. *Municipibus, collegiis, aut universitatem efficientibus relictum, municipio, collegio, aut universitati relictum intelligitur.*

Civibus civitatis legatum, vel fideicom-
1 missum datum, † civitati, ait Papinianus, relictum videtur. Primum quid necesse est laborare in eo, an quod civibus datum est, potius interpretari debeamus datum civitati, quam civibus, cum sufficiat intelligi, quod civibus datum est, civibus debere? Nihil esset necesse, si constaret, quid verbo ci-
2 vium contineretur. Sed † hoc, *civibus*, ambiguum est. Potest enim sic intelligi, civibus singulis: potest ita, civibus universis: et, civibus qui nunc sunt: aut civibus et qui nunc sunt, et qui postea me vivo futuri sunt. In-
3 ter quæ multum interest. Etenim † si universis civibus legatum est, singulis nihil debetur, nec singuli legatum petent. Contra est,
4 si legatum erit singulis, et rursum † si iis legatum est, qui nunc sunt, iis qui existent postea, nihil debebitur. Hoc ergo explicari necesse est. Tollitur vero hæc ambiguitas hac definitione, cum civibus datum, interpreta-
5 mur datum civitati. † Si civitati relictum est,
6 singulis non debetur. Nam † neque quod uni-
7 versitatis est, singulorum est, † nec quod debetur universitati, debetur singulis. *L. in tantum*, §. 1. *D. de rer. divis. L. sicut.* §. *si quid*, *supr. quod cuiuscunque univer. no.* Si
8 civitati relictum est, legatum † debebitur, quicunque tandem cives supersint ex iis, qui fuerunt, quo tempore legabatur, quippe civitati legatum est, ut dixi. † Est autem sem- 9
per eadem civitas, quæ fuit, quamvis priores omnes cives decesserint, aliis in priorum locum succrescentibus. *L. proponebatur*, *D. de iud.*

Ergo hoc restat, ut videamus, quam recte interpretetur Papinianus, *civibus* hoc esse, civitati. Nam si aliud sunt cives, aliud civitas, non recte. Neque enim debetur, nisi quod testator voluit: † nec videtur voluisse aliud, 10
quam dixit *L. Labeo*, §. 1. *D. de sup. leg.* et quamvis defenderemus, *cives* per metonymiam accipi posse pro civitate: tamen, nisi quid esset necesse, et aliter legatum valere non posset, ita accipere non deberemus. Sic enim præcipitur, † non aliter a verborum si- 11
gnificatione recedi oportere, quam si manifestum sit, aliud sensisse testatorem. *L. non aliter*, 69. *D. de lega.* 3.

Quid ergo? an cives sunt civitas, ac non potius ii, qui civitate continentur? Quod cum expedire Azo non posset, hoc loco, *civibus*, interpretatus est administratoribus civitatis: propterea quod † administris civitatis da- 12
tum, ipsi civitati datum videatur, arg. *L. annua*, §. 1. *supr. de an. leg.* Quasi vero

ro cives omnes sint administratores civita-
tis, ac non ex innumeris paucissimi, qui
Remp. administrent. Sed hic hærendum non
13 est. Sane enim † singuli cives non sunt civi-
14 tas. At universi civitas sunt. † Nihil enim est
aliud civitas, nisi cœtus civium iure sociatus,
finitore Cicerone in *Somnio Scipionis*. Itaque
si de significatione verbi hic quæritur, non
est metuendum, ne qui *civibus* datum inter-
pretatur datum civitati, non ex significatione
verbi id videatur facere.

Sed hoc quæritur, cum verbum, *civibus*,
possit etiam sic accipi, ut singuli cives intel-
ligantur, cur in verbo ambiguo placet id ac-
cipi, ut civitas intelligatur potius, quam sin-
guli cives? Nempe quod testator de civibus
universis, id est, de civitate senserit, non de
15 civibus singulis. † In ambiguo enim sermone
non utrumque dicimus, sed id dumtaxat,
quod volumus. *L. seq.* Unde porro illum ci-
vitati datum, non singulis civibus voluisse in-
16 telligimus? † Plures concurrunt coniecturæ,
quæ id suadeant. Primum testator caussam
habuit, cur legaret civitati suæ. Nam civita-
tem suam caram habuit, ut patriam. Cur au-
tem singulis pariter legaret, caussam nullam
17 habuit. † Incredibile est enim, eum suos ci-
18 ves singulos æque dilexisse, certe † non di-
19 lexit ignotos æque, ac notos: et † in his qui
noti sunt, non dilexit æque extraneos, atque
amicos, et intima familiaritate coniunctos. Non
igitur omnibus ex æquo datum voluit. † Ne- 20
que enim daret, nisi caussa esset, cur pari-
ter omnibus datum vellet, arg. *L. si is, qui
ducenta*, §. 1. *infr. eo. L. nec adiecit. D.
pro soc.* Deinde si singulis civibus legatum
interpretamur, legatum inane et derisorium
futurum est, quod si uni daretur et semel,
magnum esse potuit. Divisum enim legatum
forte inter decem millia civium, necesse est
ad minimam summam, aut etiam nullam in
singulis redigatur. † Semper autem id agen- 21
dum est, ut legatum potius valeat, quam pe-
reat. *L. quoties in actionibus, infr. eo.* Po-
stremo si singulis civibus dandum est, nimis
oneramus heredem, isto enim modo tot erunt
legatarii, quot cives: quibus omnibus petitio
erit adversus heredem. Quod si dandum est
civitati, pro innumeris petitionibus una con-
stituitur, qua teneatur heres duntaxat civita-
ti. † Verisimile est autem, testatorem facilio- 22
rem esse ad exonerandum heredem, quam ad
onerandum. *L. unum ex familia*, 67. §. *si
rem sup. de leg.* 2.

Quod de legato civibus relicto hoc loco di-
citur, † ad omnes pertinet, qui plures con- 23
iuncti universitatem, aut corpus unum effi-
ciunt. Itaque quod municipibus legatum est,
intelligitur legatum municipio: quod collegis
illius collegii, collegio: quod illis, qui sunt
ex ea universitate, universitati.

Ad L. In ambiguo. 3.

Paulus libro XIV. Quæstionum.

In ambiguo sermone non utrumque dicimus: sed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult: neque id dicit, quod vox significat, quia non vult: neque id, quod vult, quia id non loquitur.

S U M M A R I A.

1. *Nemo dicit quod nolit, etiamsi verbis exprimat,* et n. 7.
2. *In ambiguo sermone non utrunque dicimus, sed solum quod volumus.*
3. *Non est* dicere *id loqui, quod animo non sentias.*
4. *In omni dicto, scriptove potissimum voluntas, et sententia dicentis spectanda.*
5. *Quid aliud dicit, quam quod vult, neutrum dicit*, et n. 21.
6. *Si legaturus vestem legat* supellectilem, *neutra debetur*, ibid.
8. *Nemo dicit quod velit, nisi exprimat.*
9. *Omne dictum constat sententia, et voce.*
10. *Exponitur* L. si alii, 19. D. de us. et usufr. legat. *et n. seqq.*
11. Fundi *appellatio complectitur etiam usumfructum.*
12. *In testamentis voluntas totum facit.*
13. *Voluntas facit, ut in testamento scriptum valeat.*
14. *Si legaturus fundum Mævianum nominet* Cornelianum, *debetur Mævianus.*
15. *Non recedendum a verborum significatione, nisi constet, aliud sensisse testatorem.*
16. *Voluntas testatoris præfertur propriæ verborum significationi*, et n. 20.
17. *Fundum appellat et qui non suo nomine demonstrat.*
18. *Nihil interest, rem indices proprio nomine, an demonstratione, quæ tantumdem valeat.*
19. *Nomina appellativa sunt immutabilia.*
22. *Legatum relictum* filio *utrum debeatur filio naturali, an extraneo, quem testator hebebat loco filii.*

Pro-

PRopositum est Paulo hoc capite constituere hanc sententiam ad interpretatio-
1 nem omnis dicti, scriptive, † *Neminem dicere, quod nolit, quodque non sentiat: quantumvis id verbis exprimat.* Id autem confirmat argumento ambigui sermonis. In quo cum secundum verba duo dicamus, interdum etiam plura (is est enim ambiguus sermo, qui duas res, duas sententias, aut plures expri-
2 mit) tamen † non utrumque dicimus: sed id dumtaxat, quod volumus. Atqui alterum ni-
3 hilominus verbo exprimimus. Sed † non est dicere, id loqui, quod animo non sentias.
4 Quo dicto admonemur, † in omni dicto, scriptove præcipue voluntatem et sententiam dicentis spectandam esse: ut si quid loquitur, quod vult, ideo valeat, quia vult: si quid non vult, non ideo id videatur dictum, quia verbo expresserit. Quod si verum est conse-
5 quens est, quod Paulus intulit, † si quis aliud dicit, id est, loquitur, quam vult: hunc nihil agere, sed quod dixerit, pro non dicto esse (non enim valet, quod vox significat, ut jam effectum est, quia ille non vult) neque id rursum quod vult, quia id non lo-
6 quitur. † Legat quis *supellectilem* suam, dum vult vestem legare, quam putat, verbo *supellectilis* significari. Neque supellex debebitur, etsi eam exprimit, quia non vult hanc legare: neque vestis, quam cogitat, quia de hac non loquitur. *L. 4. supr. de leg. 1. L. Labeo, §. 1. supr. de sup. leg. L. quoties, 9. in pr. supr. de here. inst.* Ita in summa hoc responso duas has sententias confirmat
7 Paulus: unam, quam proposui, † neminem dicere quod non sentiat, quamvis id loquatur, *d. L. Labeo*, §. 1. ex qua efficitur, sententiam dicentis semper spectandam esse. Al-
8 teram, † ne id quidem quemquam dicere, quod velit, nisi id verbo exprimat, ut intel-
9 ligatur † omne dictum duabus rebus constare, sententia nimirum dicentis, et voce. Quod apertius scriptum est in *d. L. Labeo*, §. 1.

Quibus sententiis nihil adversari ea reperiemus, quæ pro repugnantibus hoc loco no-
10 tari solent. Citatur † *L. si alii, supr. de usu, et usuf. leg.* pro defensione scripti adversus voluntatem. Proponitur testator alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi legavisse, cum eo proposito esset, ut is, cui fundum legabat, nihil nisi proprietatem nudam haberet. Si ad id verba superiora satis esse putat testator, errat, inquit Modestinus, et is cui fundum legavit, habebit nihilominus partem ususfructus. Nempe quia id loquitur, etiam si præter testatoris voluntatem: quod ut magis intelligeretur, addidit ille ad extremum, *quia interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.* Sed videndum est, quid Modestinus hic dicat, quidve agat. De testatore loquitur, qui vult uni proprietatem nudam legare alicuius fundi, alteri usumfructum, si inquit, id se putat consequi illis verbis, quæ proposuimus, errore labitur, sed ita eum legare oportet, inquit, *Titio fundum detracto usufructu lego*, et quæ sequuntur. Loquitur ergo de horum verborum significatione Modestinus, *illi fundum, huic usumfructum eius fundi do lego.* Est hoc verissimum, si quis his verbis usus est, non esse eum consecutum, quod voluit, ut unus nudam tantum proprietatem habeat: quoniam
non id verba significant. † *fundum* enim qui 11
dicit, etiam usumfructum fundi complectitur. *L. Mævius, 66. §. penul. de leg. 2. L. 4. D. de usuf.* quod hic non negamus, sed hoc amplius quærimus, si aliunde, quam ex verbis constaret, hoc sensisse testatorem, ut is, cui fundum legavit, nudam tantum haberet proprietatem, alter autem integrum usumfructum: num contra eius voluntatem ususfructus communicari debeat. De eo non agit Modestinus, ut qui de errore tantum testatoris loquatur, qui in eo est, non quod putat, se posse fundum, detracto usufructu, legare: sed quod putat, id se illis verbis, quæ dixi, exprimere. Nos vero de eo hoc dicimus, quandiu de voluntate testatoris constabit, nihil penitus valere in testamento, quod illum non velle in-
telligetur. Hinc illa: † *in testamentis facit* 12
totum voluntas defuncti. L. ex facto, §. re-
rum. *D. de here. inst.* item, † *voluntas fa-* 13
cit, ut in testamento scriptum valeat. L. 12. in fin. *de leg.* 1.

Pro tuenda autem voluntate testatoris etiam, quam verbo ille non expresserit, hæc
dici solent, primum quod, † si quis in fun- 14
di vocabulo errans leget certum aliquem fundum, quem ipse appellet *Cornelianum*, cum sit *Mævianus*: placet Cornelianum quidem non deberi, quia de eo testator non senserit: cæterum deberi Mævianum, quia hunc voluerit. *L. 4. supr. de leg.* 1. atqui Mævianum non nominavit. Præterea in *L. non aliter, D.*
de leg. 3. scriptum est, † non aliter a verbo- 15
rum significatione recedendum esse, quam si manifestum erit aliud sensisse testatorem, qui-
bus verbis declaratur, † si testator aliud sen- 16
serit, quam verba significant, a verborum significatione esse recedendum, et voluntatem esse sequendam. Sed neutrum horum arguit voluntatem esse sequendam sine verbis, idest, quamvis testator locutus non sit in te-
stamento, quod voluerit. Nam † et is, qui 17
fundum aliquem demonstrat eum non suo nomine appellando, appellat eum, et de eo loquitur non minus, quam si eum suo nomi-
ne appellasset, † quid enim interest, utrum 18
no-

nomen rei dicas ad rem indicandam, an ea demonstratione utare, quæ tantumdem præstet? Plane nihil, ut est in *L. certum*, *D. si cert. pet.* si modo ea sint nomina rei, quæ pro arbitrio cuiusque mutentur: qualia sunt quæ *propria* dicimus, idest, nomina singularum rerum ad numerum discernendum, non ad substantiam rei significandam inventa. Nam
19 † hæc sunt immutabilia *D. L. 4. D. de leg.* 1. Quod autem dicitur, a verborum significatione recedi posse, cum apparet aliud sen-
20 sisse testatorem, quam verbum significat: † a verbi significatione propria accipere debemus, ut bene interpretatur Hugolinus in *d. L. non aliter.* Nam a significatione propria, et impropria si quis recedi posse interpretaretur: non fuit dicendum, recedi posse a significatione verborum, sed recedi posse a verbis, ut sine his nudam testatoris sententiam amplectamur: idest, quod voluerit, quamvis non dixerit.
Et sane † hoc verbum significat, quod pro- 21
prie, et ex usu loquendi significat. Itaque exempli gratia, si quis, dum vult vestem legare, leget *supellectilem*, vestis non debetur, quia hanc *supellex* non significat neque proprie, neque abusive.

Sed finge, testatorem legavisse filio suo decem, cum haberet filium naturalem, et alterum quemdam, qui filius quidem non esset, sed quem pro filio carum haberet, atque etiam eum ita nominare esset solitus. Si quæratur,
utri ex his legatum sit, † non dubitabimus 22
respondere, legatum esse filio naturali. Hunc enim natura filius significat. Sed si constabit, testatorem noluisse ei legare, quia cum iustis de caussis exheredaverit, et testatus sit, se velle a bonis suis penitus esse alienum: recedemus tum a verbi significatione, et ex abusu testatoris filium intelligemus eum, quem ita nominare consuesset.

Ad L. Paulus 4.

Idem lib. XIX. Responsorum.

Paulus respondit, cum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit: nulli personæ neque certæ, neque incertæ datum fideicommissum videri, indubitatum est.

1. *Nullum est legatum, vel fideicommissum, si non appareat, cui testator consultum voluerit.* et n. seqq.
3. *Nominatim ei legasse testator intelligitur, cui dare voluisse apparet.*
4. *Demonstratio, etiam in heredis institutione, fungitur vice nominis.*
5. *Si testator ex pluribus heredibus unum rogaverit, ut pro sua parte contentus sit centum: coheredes fideicommissum ab eo petere possunt.*
6. *Conditionis implendæ caussa legatarius dabit heredi, si testator non expresserit, cui dari voluerit.*

1 Testator ita scripsit, *Heres meus decem dato*, neque adiecit, cui: † nulli personæ, inquit Paulus, neque certæ, neque incertæ legatum videtur. Certæ quidem personæ non deberi non dubitatur; quando nulla certa adscripta est, sed hoc potuit dubitari, num saltem necesse habeat heres incertæ personæ dare: puta, cui voluerit, alicui tamen: nempe cui humanum, aut æquum sit dari, cui verisimile sit testatorem bene velle: ut num debeat amicis dare, erogare pauperibus, conferre in redemptionem captivorum, et si qua sunt eiusmodi officia humanitatis. Hanc dubitationem Paulus sustulit: cum adiecit, neque incertæ personæ datum fideicommissum videri: Et merito nemo ad huius fideicommis-
2 si persecutionem admittetur. † Verum est enim, eum nulli legavisse, qui in legato nullius nomen adscripsit. Nos enim non solum ut senserit quid testator, sed etiam ut dixerit, quærimus, ut præcedenti capite dictum est.

Neque tamen quod Paulus hic exigit, ut nomen fideicommissarii adscribatur, ita præfracte accipiemus, quasi necesse sit nomen
proprium adhiberi. † Nominatim alicui lega- 3
tum intelligemus, si quid ita legatum sit, ut possit intelligi, cui testator consultum volue-
rit. *L. nominatim*, 90. *de leg.* 3. denique † 4
omnem demonstrationem, etiam in herede instituendo, nominis vicem habere convenit. *L. quoties*, §. *si quis nomen*, *supr. de her. inst.*
Itaque † cum ex pluribus heredibus institutis 5
testator unum rogat, ut pro sua parte contentus sit centum aureis, recte placet, coheredibus eius fideicommissum eius partis relictum videri. *L. peto*, 69. 2. *respon. supr. de leg.* 2. atqui eos non nominavit, sed satis ostendit, se his consultum velle, dum here-

dem

dem iubet partem suam omittere. Hanc enim omissam necesse est iure pertinere ad eius coheredes. *L. qui ex duabus*, §. *ult. supr. de acq. her.* Idem de hac specie iudicandum est.
6 † Iubet testator, servum Stichum liberum esse, si decem dederit: legat alicui fundum, si decem det, nec adiicit, cui. Probatum est et servum, et legatarium decem dare deberi heredi: qui tamen nominatus non est. *L. Labeo*, §. *pen. L. qui pecuniam, infr. de statulib.* Sed satis heredem indicat testator, qui conditionem dandi adiicit pensandi incommodi caussa, quod is patitur, cui res manumissa, aut legata aufertur. Hoc enim incommodum est heredis. Ad hunc igitur pensatio hæc, et datio referatur, necesse est.

Ad L. Quidam 5.

Caius lib. 1. *Fideicommissorum.*

Quidam relegatus facto testamento, post heredis institutionem, et post legata quibusdam data ita subiecit: Si quis ex heredibus cæterisve amicis, quorum hoc testamento mentionem habui, sive qui alius restitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, et ante decessero, quam ei gratias egerim, volo dari ei, qui id egerit, a cæteris heredibus aureos tot. *Unus ex his, quos heredes scripserat, impetraverit ei restitutionem: et antequam id sciret, decessit. Cum de fideicommisso quæreretur, an deberetur: consultus Iulianus respondit deberi, sed et si non heres vel legatarius, sed alius ex amicis curavit eum restitui: et ei fideicommissum præstari.*

SUMMARIA.

1. *Veteri iure incertis personis legari non potuit.*
2. *Verba*, sive quis alius, *significant alium ex genere expresso.*
3. *Exceptiones regulæ iuris veteris de incertis personis.* 4. 5.
6. *Olim personæ sibi ignotæ legare testator non poterat.*
7. *Quid Imp. Iustinianus de incertis personis constituerit.* et n. seq.
8. Non erat, *indicat*, *nunc esse.*
10. *Incertæ personæ ab eventu demonstrandæ relictum non debetur, si, testatore mortuo, vel inscio, eventus inciderit in personam testatori exosam.*
11. *Generali oratione non continentur quæ specialiter quis concessurus non erat.*

Consultus Iulianus respondit deberi.) Ambigendi caussa ex eo, quod hic proponitur testator incertæ personæ legavisse, legavit enim ei, qui sibi restitutionem impetrasset, fieri potest, ut nemo impetret: et si quis impetrabit; tamen, quisnam is futurus sit,
1 incertum est. † Fuit autem iuris certi, incertis personis legari non posse. §. *incertis, Inst. de leg.* Cur ergo hic legatum deberi putat Iulianus iis, qui restitutionem impetrassent? Quia observandum est in proposita specie legatum esse incertis personis, ex certis tamen. Non enim ita scriptum est generaliter, *si quis restitutionem mihi impetrarit*: sed ita, *si quis ex heredibus, si quis ex amicis, quorum hoc testamento mentionem habui*, et
2 quod additum est, † *sive quis alius*, sic interpretatur Caius, Iuliano auctore, valere, si quis alius ex amicis, quorum mentionem testator non fecerit, impetrarit restitutionem. Convenit autem inter veteres, † ex certis personis 3
incertæ legari posse. §. *sub certa, Inst. de leg.* Non enim putaverunt hanc esse incertam personam, quæ ex certis et cognitis testatori personis sumeretur, licet sub conditione, quæ ratio significatur a Iuliano in *L. quoties libertis, infr. eod.* Interim vel hæc una adiectio, *seu alius ex amicis testatoris*, aperte declarat, si quis alius quam ex amicis testatoris restitutionem impetrasset testatori, huic nihil deberi: quia hæc incerta plane persona esset. Et quid verbis opus est, cum hoc nominatim scriptum sit apud Iustinianum, † incer- 4
tis personis, quales sunt eæ, quæ ex certis non sumuntur, non potuisse legari? *d.* §. *incertis.* † Excepisse videtur Marcianus in *L.* 5
si

si quis ita, *infr. eod.* si quæ essent personæ, quæ ex eventu quidem incerto designarentur, atque ita nunc plane essent incertæ, eiusmodi tamen, quas, conditione exsistente, necesse esset, vivo testatore, certas fieri, eique ipsi innotescere: denique quæ nisi ex iudicio testatoris certæ possent fieri, quia eventus ex voluntate eius penderet: veluti, si leget illis, qui testamentum eius signaverint, qui nisi illo sciente, et rogante adhiberi ad signandum non possunt. Quamquam quid dixi Marcianum hoc excepisse? Potius dicendum est veteres regulam iuris antiqui retinuisse in omnibus; sed interpretatos esse illos eiusmodi personas non esse incertas, quæ testatori
6 vivo aliquando certæ futuræ essent. Nam † ius vetabat ei personæ legari, quæ testatori plane ignota esset: quia placebat iudicium testantis certum esse debere. *L. qui testamento*, *supr. qui test. fac. poss.* Ulp. in *frag. tit. qui her. inst. poss.*

Videamus, postquam tot loci hoc titulo occurrunt, quibus de hoc genere ambigitur, quid de eo constituerit Iustinianus. Neque enim de hac re convenit inter omnes. Et sane de eo non ita scriptum ab illo est in Institutionibus, ut de eo nihil posset dubitari. Post disputationem de incertis personis, quam præmiserat, mentione brevi interiecta de alieno postumo, continenter subiungit in §. *sed nec huiusmodi. Inst. de leg.* sed nec *huiusmodi speciem* penitus esse sine iusta emendatione relictam, *huiusmodi speciem* dicit: sed dubium est, utrum hoc referatur ad speciem de incertis personis, de quibus prius egerat, an vero ad speciem tantum de alieno postumo, de qua proxime dixerat in §. *præcedenti.* Iam vero etiam si constiterit, Iustiniani verba sic esse accipienda, quasi dicat, se ius illud, quod de incertis personis recensuerat, emendasse: non tamen apparet, quatenus emendarit, non enim dicit, se id penitus sustulisse: sed id non penitus reliquisse inemendatum, quod significat illum id
7 ius aliquatenus emendasse. † Recepta hæc fere ab omnibus sententia est, in qua sum et ipse, Iustinianum in §. *sed huiusmodi* de specie incertarum personarum, de qua superioribus omnibus §§. egerat, sentire, atque hoc dicere, constituisse se, ut incertis personis legatum debeatur, quas modo eventus postea demonstrarit. Intelligitur hoc et ex §. *incertis*, qui præcedit, et ex §. *tutor autem*, qui sequitur. In illo ita scriptum est, *incertis per-*
8 *sonis olim legari concessum non erat.* † stulte diceretur, *non erat*, si ne nunc quidem sit concessum, olim igitur concessum non erat: nunc scilicet est concessum mea constitutione. In hoc autem ita scriptum est, *Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet*, et constitutionem illam intelligit, cuius prius meminerat in *præcedente* §. *sed nec huiusmodi.* Unde intelligitur, Iustinianum in ea constitutione, qua se emendasse dixerat illam speciem, egisse de incertis personis, et cavisse, illis legari posse: alioqui male in ea tutorem incertum exciperet unum ex omnibus.

Quod ad emendationem eius iuris attinet, quatenus et quibus conditionibus permiserit ea constitutione incertæ personæ legari, postquam nihil certi de eo ad nos pervenit, cum ille nos ad constitutionem suam releget, quæ constitutio non exstat: non aliunde melius de hac re constitui posse videtur, quam ex cognitione iuris veteris; de quo vel ob hanc caussam potissimum a me paulo ante dictum est. Nam si Iustinianus constituit, incertæ personæ legari posse, et in eo aliquid innovavit: † dicendum est, eum non hoc constituisse, ut liceret legare incertæ personæ ex certis, quia hoc legatum et antea satis valebat: ac ne illud quidem, ut legatum valeret, si persona vivo testatore ac sciente certa esse cœpisset: nam et hoc, ut dixi, antea quoque placebat. Quid ergo? Illud videlicet, quod restat, ut incertæ plane personæ, cuiuscunque modi incertitudo foret, legare ius esset; nec eo minus valeret legatum, quia ignorante testatore, cœpisset persona esse certa: ac proinde nihil interesset, utrum certa esse cœpisset vivo testatore, an mortuo. 9

Puto tamen, multum referre, in quas personas eventus inciderit mortuo, aut ignorante testatore. † Non enim recipiendum videtur, ut, si in eas inciderit, quibus verisimile non est testatorem specialiter legaturum fuisse, iis quidquam ex huiusmodi legato debeatur. Fingamus, eum legavisse ita: *centum dari volo ei*, *qui filio meo filiam suam collocaverit.* Si is collocavit ignorante testatore, qui inimicus fuerit testatori, qui de testatore pessime sit meritus, qui sit infamis et flagitiosæ vitæ: centum ei non dabimus: quia non est credibile, testatorem specialiter huic quidquam fuisse legaturum. Nec obstat, quod generaliter legavit testator omni, qui filiam suam collocasset. Nam † in omni concessione, et oratione generali ea non continentur, quæ quis specialiter concessurus non fuerit. *L. obligatione*, *D. de pigno. L. qui peculii*, *D. de pecul.* Sive hoc Iustiniani constitutione illa exceptum fuit, bene est: sive nihil exceptum est: tamen hoc exceptum intelligendum est, ne, dum voluntatem testatoris tueri vult Iustinianus, contra voluntatem faciat. 10 11

Ad §.

Ad §. Si tibi.

Si tibi, et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit.

Ad L. Vel ex parte te. 6.

Mœtianus libro 3. Fideicommissorum.

Vel ex parte te, et ex parte postumum heredem instituisset, legatumve similiter, vel fideicommissum dedisset.

Ad L. Utrum. 7.

Caius lib. 1. Fideicommissorum.

Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quæritur? Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minima eum partem facere; sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur: duobus natis tertia tibi debetur: tribus natis (quia tergemini quoque nascuntur) quarta. Et nostra quidem aetate Serapia Alexandrina mulier ad divum Adrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fœtu enixa est. Sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur.

SUMMARIA.

1. Partem facere, *quid significet.*
2. *Postumus non natus partem non facit.*
3. *Eadem re duobus coniunctim legata, solidum ab initio singulis datum videtur.* et n. 14.
4. *Legatarii deficientis portio accrescit collegatario coniuncto.* et n. 14.
5. L. plane, 34. §. si coniunctim, 9. D. de legat. 1. *exponitur.* et n. seqq.
6. *Iustinianus præcipit, quæcunque scripta sunt in Pandectis accipi, ut a se ipso tradita.*
7. *Iustinianus veterum legatorum differentiam sustulit.*
9. *An collegatarius coniunctus, qui non concurrit, faciat partem.* et n. 14.
10. *Bartoli distinctio reiicitur.*
11. *Baronis distinctio refellitur.*
12. *Actoris sententia de quæstione proposita.* et n. 14.
13. *An in Pandectis sint antinomiæ.*
15. *Postumus natus partem facit collegatario, Plures si nascantur: omnes ad legatum postumo relictum admittuntur.*
16. *Quomodo legatum inter te, et postumos collegatarios dividendum.*

Tibi et postumo coniunctim eadem res testamento relicta est, puta hereditas, aut species certa; idque aut directo, aut per fideicommissum. Sic enim ista hoc loco coniunguntur, ut inter ea nihil in hac quæstione interesse existimetur. Est hic, quod quærat Caius, sive postumus natus non sit, sive sit natus. Si postumus non nascatur, quærit, utrum
1 partem tibi faciat, necne. † *Partem alicui facere* est, facere, ut ille partem tantum habeat in eo, quod totum esset habiturus si solus esset: aut impedire, quominus solidum habeat, atque ita partem illi auferre in eo, quod solidum habere potuerit. Id satis declarat Caius in *L. utrum* hic, cum ait postumum partem non facere, sed totum ad collegatarium pertinere. Inde enim intelligitur, eum partem facere, qui impedit, ne totum ad collegatarium pertineat: congruit. *L. plane*, 34. §. *si coniunctim. L. huiusmodi*, 84. §. *si Titio, de leg.* 1. *L. cum pater*, 77. *libertis, supr. de leg.* 2. Ergo hoc quærit, an postumus non natus faciat, quominus totum quod verbis coniunctim legatum est, habeas:

an

an vero totum ad te pertineat, qui illo non nato solus es. Non de iure hæc quæstio est, sed de voluntate testatoris. Nam si velit testator totum ad te pertinere, nemo dubitaturus est, quin iure ad te pertineat, sin partem voluit dumtaxat, ne hoc quidem dubitabit quisquam, quin hæc ipsa tua sit, nihil amplius. Sic enim lex est XII. Tabularum, *uti quisque legassit rei suæ, ita ius esto*, L. verbis, D. *de verbor. signific.* Sed hoc ambigitur, utrum testator velit, ambigua enim hic oratio est, et incertum, utrum testator ita dicat, *tibi fundum do, et postumo eumdem fundum do lego*: an vero hoc sentiat, *tibi ut postumo simul fundum lego ita, ut partes habeatis, quando ambo solidum habere non potestis.*

2 Ait ergo Caius † postumum non natum partem non facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto. Quæ verba duo continent, quæ nobis expendenda
3 sunt diligentius. Unum, † si duobus coniunctim eadem res legata sit, solidum ab initio singulis datum videri, cui sententiæ congruit *L. coniunctim*, 80. *supr. de leg.* 3. *L.* 3. *in pr. supr. de usuf. accr.* Alterum huiusmodi,
4 † ex iis, quibus coniunctim eadem res legata est, si unus ad legatum non concurrat, totum ad collegatarium pertinere accrescendi iure, quod et ipsum traditur in *L. si duobus*, 16. §. *ult. supr. de leg.* 1. §. *si eadem, Inst. de leg.*

Horum utrumque vocatur in quæstionem: quoniam ita sunt de utroque alii scripti loci complures, ut plane contraria in his prodita esse videantur. Itaque constituendum nobis est, quod et de hac re, et de istiusmodi locis omnibus teneamus. Ergo hic dicitur, cum duobus eadem res legata est coniunctim, sin-
5 gulis solidum ab initio datum videri. At † his, quibus ita legatum est, ab initio partes fieri, diserte scriptum est in *d. L. plane*, §. *si coniunctim*, *supr. de leg.* 1. Et, si verum est, quod Ulpianus scribit in *Fragmentis* sub titulo *de legatis*, quoties duobus eadem res legata est coniunctim: si quidem per damnationem, singulis partes tantum deberi: si per vindicationem, singulis solidum videri legatum ab initio. Equidem non dubito, quin cum veteres scripserunt, solidum legatum videri, ut hic, et similibus locis, de re per vindicationem legata scripserint: ut cum ita legatum est, *tibi, et postumo fundum illum do lego*, ubi autem partes ab initio fieri scripserunt, quin scripserint de re legata per damnationem, ut in *d. L. plane*, §. *si coniunctim.*

6 Sed † Iustinianus vetat ista, quæ scripta sunt in Pandectis, accipi ex persona auctorum, aut ita, ut ab illis scripta sunt. Iubet sic accipi, uti nobis tradita sunt in Pandectis, tanquam a se scripta. *L.* 2. §. *tanta. L.* 1. §. *omnia. C. de vet. iu. enu.* Nunc autem in Pandectis hæc sine distinctione scripta sunt de omni legato. Hoc amplius † Iustinianus 7
ipse nominatim sustulit differentiam legatorum, §. 1. *Inst. de leg. L.* 1. *C. com. de leg.* et quidem in hac re, de qua nunc agitur, nominatim in *L. unica*, §. *ubi autem*, *vers. nos autem. C. de cad. toll.* Ita fit, ut quod dicitur solidum ab initio relictum, intelligendum sit ex sensu Iustiniani de omni genere legatorum: et contra, quod dicitur partes initio fieri, itidem accipiendum sit de legatis omnibus, ut sit de singulis utraque hæc sententia prodita iis, quibus coniunctim eadem res legata est, solidum ab initio relinqui; et iisdem solidum non relinqui ab initio, sed partes.

Sed hoc non difficile expediri potest. † Utrum- 8
que enim verum est suis conditionibus. His partes fiunt ab initio hac conditione, si concurrant. Contraria conditione solidum, si non concurrant. Nec novum est, quædam a principio dubia esse, quæ eventu retro ducantur, et certa fiant: ut accidit in dominio rei legatæ, de quo in *L. quædam*, *infr. eo.*

Illud non item facile expedire possumus, quod sequitur. † Si unus ex iis, quibus con- 9
iunctim legatum est, non concurrat: hic partem non facit, inquimus, sed totum habet collegatarius. Imo partem facit, quamvis non admittatur ad legatum, nec totum ad collegatarium pertinet. Hoc enim ita diserte scriptum est in *d. L. plane*, §. *si coniunctim. L. si duobus*, *in pr. L. huiusmodi*, §. *Si Titio*, *supr. de leg.* 1. quæ aperte sunt contraria.

Equidem, ut paulo ante, sic hic quoque non dubito, quin quod supra scriptis locis ex veteribus relatum est, id veteres scripserint de re legata per damnationem. Sed, ut ante dixi, de scriptis Iurisconsultorum non quæritur, quæritur de constitutione, et voluntate Iustiniani, post quam hæc non videntur conciliari posse. Sic namque hæc conciliari possunt, si aut dicantur de diversis generibus legatorum, aut dicantur de aliis, atque aliis legatariis, scilicet ut unus, qui non concurrit, dicatur partem facere, alius non facere. Sed prius dici vetat Iustinianus, ut qui omnem differentiam sustulerit legatorum *d.* §. 1. *Inst. de Leg.* Qua sublata domus in *d. L. plane*, §. *si coniunctim*, ita scriptum esse, *si coniunctim duobus res legata sit per damnationem*, nihil promovebimus. Vult enim Iustinianus, idem intelligi, etsi res duobus lega-

ta sit per vindicationem. Et contra demus, in *L. utrum*, hic ita scriptum esse, *si res tibi et postumo legata sit per vindicationem*: tamen nihilominus idem intelligere debebimus, si legata erit per damnationem. Ac ne longius huius rei probationem requiramus, liquet hoc ex *L. vel ex parte*, *6. hic*, in qua non tantum proponitur tibi et postumo legatum esse, sed etiam tibi et postumo fideicommissum datum. Quid autem de utraque specie respondetur in *L. utrum* sequenti? nimirum in utraque, postumo non nato, totum ad collegatarium pertinere. At plusquam notum est, fideicommissa non relinqui per vindicationem, sed esse ea similia damnationi: tantumque inter ea hoc interesse, quod in damnatione imperatur heredi, ut det; in fideicommisso rogatur heres, ut idem faciat. Negari ergo non potest, quin superiores sententiæ ambæ et ut verba sunt Pandectarum, et præcipue ut est constitutio Iustiniani, de omni genere legatorum sint accipiendæ.

Restat ad istorum conciliationem, ut dici possit scripta hæc esse de aliis atque aliis legatariis. Quod quidam tentant efficere: sed
10 frustra. † Bartolus in *L. huiusmodi*, §. *si Titio*, *de leg.* 1. ita definit, si legatarius non admittitur, nec spes est eum admitti posse, partem non facit: si non admittitur, sed tamen spes est eum posse admitti, partem facit. Prius falsum est. Nam si legavi Titio, et ei qui in rerum natura non erat: is, qui non est, partem facit. *L. si duobus*, *in pr. supr. de leg.* 1. neque tamen is eiusmodi est, qui admittatur, aut quem spes sit admitti posse.

Hæc distinctio Baronis non videtur pri-
11 ma ratione improbabilis. † Is in §. *si eadem*, *Inst. de leg.* si legatarius non concurrat, interesse ait, utrum legatum constiterit in eius persona, an non constiterit: ut si constiterit in eo legatum, partem non faciat, sed totum ad collegatarium pertineat: si non constiterit, faciat partem, prius probat ex *d.* §. *si eadem*: posterius ex *L. si duobus*, *in princ. de leg.* 1. utiturque in eo ratione sane minime improbabili. Nam si legatum, inquit, non constitit in eius persona, qui non admittitur, pars ei adscripta pro non scripta est. *L.* 3. *et* 4. *infr. de his*, *quæ pro non script.* Quod autem non scriptum, ne legatum quidem est, absurdum sit autem accrescere legatario, quod legatum non sit. Quod sane in eo, quod scriptum non est, verissime dicitur. Sed quid refert, si ne id quidem, quod scriptum est, legatum, et quod constitit in persona eius, qui non concurrit, accrescit collegatario? at in *d. L. plane*, §. *si coniunctim de leg.* 1. diserte scriptum est, si coniunctim duobus eadem res legata sit, non solum eos partem facere, in quorum persona constitit legatum, sed etiam eos, in quorum persona non constitit, quibus verbis significatur, multo magis eos partem facere, in quorum persona constitit, nec de iis dubitari, sed posse dubitari de aliis. Idem valet illud ex *L. si duobus*, *in pr. de leg.* 1. si duobus coniunctim res legata sit, quanvis alter in rerum natura non fuerit, alteri deberi solam partem. Hoc enim perinde est, quasi diceretur: si quidem uterque in rerum natura sit, utrique solum pars debebitur sine dubio, sed etsi unus non sit in rerum natura, nihilominus idem dicendum est, ut ei, qui capere potest, pars tantum debeatur.

Quare, si hæc duo dicuntur de omni genere legatorum ex Iustiniani sensu, tum ex iis quæ in Pandectis scripta sunt: dicuntur præterea de omnibus legatariis, qui non concurrunt: necesse est ea esse eiusmodi, ut simul stare non possint. Sunt enim aientia et negantia hæc: uno non concurrente totum ad alterum pertinere, et totum ad alterum non pertinere.

Cum plus uno ex his verum esse non possit, utrum tandem sequemur? hic hæreremus, nisi Iustinianus dubitationem sustulisset, quod † 12
fecit in *L. unica*, §. *ubi autem*, *C. de cad. toll.* Sic enim illic cautum est, ex coniunctis si unus ad legatum non veniat, totum ad alterum pertinere aut iure accrescendi, aut iure non decrescendi, nec fuit eo contentus, sed in eadem *L.* §. *in primo* nominatim scriptum est, idem iuris fore, etiam si in eius persona, qui non concurrit, legatum non constitisset: ut si tibi, et Mævio, qui deportatus erat, legatum esset. Nec movebimur eo, quod pars Mævii pro non scripta sit, nec possit ea pars, quæ nulla legata est, accrescere. Totum enim ad collegatarium pertinebit, quasi ab initio ei esset relictum, ut initio dixi.

Hanc sententiam cum diserte se confirmare dicat Iustinianus in *d.* §. *in primo*: eadem opera illam alteram repudiat, qua efficitur, eum, qui non admittitur ad legatum, partem facere collegatario. Quamobrem quicunque sunt loci in Pandectis, in quibus hæc sententia tradita sit, intelligere debebimus, eos pro iure non habendos. Non est enim ius amplius, quod sublatum est. Posse tantum in hoc esse utiles, ut sciamus, quid Iustinianus in hoc genere constitutione sua innovarit.

Ergo, dixerit aliquis, † in Pandectis est 13
aliquid contrarium: quod tamen Iustinianus negat in *L.* 2. §. *contrarium*. *C. de veter. iur. enu.* Respondeo. Si id concederemus, cul-

pam

pam sustinerent compositores Pandectarum, quos apparet ista non satis diligenter, ne quid amplius dicatur, collegisse. Sed defendi potest, hæc non esse contraria: propterea quod unum sublatum est. Quemadmodum enim, cum Iustinianus in Institutionibus passim ius vetus prius recenset, deinde subiicit novum, quod solum valere vult, nemo dicit, hic quidquam contrarium esse, quia quod emendatum est, pro non scripto habendum sit: ita in his duabus sententiis cum idem Iustinianus unam comprobet, altera repudiata: eam, quæ sublata est, alteri contrariam existimare non debemus.

Summa hæc iuris, quod pro certo tenere
14 nos oporteat: † si duobus eadem res legata sit, quamvis coniunctim, idest, una oratione, uno ad legatum non veniente solidum ab initio alteri datum videri. Id eam vim habere, ut qui non concurrit, partem coniuncto non faciat: sed totum ad coniunctum pertineat, ut cui non pars tantum, sed totum legatum sit. Hic nihil interesse, quo genere legandi res relicta si post constitutionem Iustiniani, ne illud quidem, quis sit, qui non admittatur ad legatum. Sive enim legatarius ideo non admittetur, quia non vult, sive ideo, quia casu non potest, aut iure prohibetur: nihilominus totum ad collegatarium pertinebit. Hanc sententiam cum Iustinianus nominatim comprobarit, ex eo intelligi debere, quicunque occurrent loci in Pandectis, in quibus seriptum sit, eum partem facere, qui non admittatur, hos perinde habendos, quasi nec scripti essent, si de iure quæratur. Hæc de postumo non nato.

Sin autem natus fuerit.) Si postumus natus
15 sit, † hic pro confesso sumit Caius postumum natum partem facere, ut qui admittatur ad legatum. Sumit et illud pro certo, si plures postumi nati sint, omnes ad legatum admitti ex sententia, et voto patris. arg. *L. qui filiabus*, 17. §. 1. *supr. de leg.* 1. de quo vide, quæ scripsi ad *L. si fuerit*, *infr. eod.* Tractat
Caius, † si plures postumi nati fuerint, quomodo legatum inter te, et eos postumos dividi oporteat, utrum ex virilibus portionibus, idest, æquis: an vero ita distributio facienda sit, ut omnes postumi simul non plus accipiant, quam tu. Caius ait non plus te, quam unumquemque ex postumis capturum, sed omnes æquas partes habituros. 16

Hic occurritur Caio, legatum ita dividendum fuisse, ut duæ partes æquales fiant, ex quibus unam habeant omnes postumi, alteram tu solus. Nam idem servaretur, si testator ita scripsisset, *Primus*, *et fratris mei filii heredes sunto.* Hic, inquam, duo semisses fierent, ex quibus unum semissem filii, alterum Primus haberet. *L. interdum*, *in pr. supr. de hered. inst.* Et quid interest, quæso, utrum ita heredes instituas, *Primus et fratris mei filii postumi heredes sunto*: an hoc modo, *Primus et fratris mei filius postumus heredes sunto*: quod posterius hoc loco proponitur? In priore institutione appellantur *postumi*: in posteriore appellatur *postumus* numero singulari. Sed quid refert, inquam, cum hoc verbo omnes postumi, qui nati erunt, contineantur? Plurimum vero in iudicio testatoris, quod ex verbis colligitur, interest. Nam cum testator *postumos* verbo plurali nominat, apparet noluisse eum postumos omnes plus habere, quam te: cum te unum cum omnibus postumis æquarit: At cum *postumum* singulari verbo appellat, hic contra declarat, se unum postumum tecum æquare, itaque hoc velle, ut unus tantum accipiat, quantum tu: quod si pluribus natis hoc exigit, ut unus tantum accipiat, quantum alius, conficitur eum æquas partes omnibus dari voluisse.

Ad §.

Ad §. Cum quidam.

Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fidei commisisset, ut cum moreretur, uni ex coheredibus cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset: verissimum est utile esse fideicommissum: nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest utrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi, solus distribuendi liberum arbitrium concedit.

SUMMARIA.

1. *Legatum in heredis voluntate poni non potest.*
2. Illi, aut illi, utri heres volet, *recte legatur.*
3. *Hæc adiectio*, cui heres volet, *non ponit legatum in potestate heredis.* et n. 5.
4. *Quando legatum in potestate heredis positum dicatur.*
6. *Expressa nocent, non expressa non nocent.*
7. *In hoc legato*, illi, aut illi, utri heres volet, *quandiu heres electionem habeat; et quid iuris, si non elegerit.* et n. seqq. et n. 12. et seqq.
8. *Dubitationes removentur.* et n. seqq.
9. *Qui* illud, aut illud *promisit, perpetuo voluntatem mutare potest.*
10. *Differentia inter electionem rerum, quas dare; et personarum, quibus dare debeas.*
11. *De loci electione.*
13. *Cum* illi, aut illi *testator legat, duos reos constituit.*
14. *Acceptilatione alterius ex duobus reis tota obligatio tollitur.*

1 IUS est, † legatum in heredis voluntate
poni non posse: ut, legatur hoc modo
inutiliter, *Fundum Titio lego, si heres vo-
let.* L. Senatus, 43. §. legatum, supr. *de leg.*
2 1. Sed † non ideo inutile legatum erit, si te-
stator leget *illi, aut illi, utri heres volet,*
3 quod hic conatur Caius efficere ostendens, †
hac adiectione, *cui heres volet,* non poni le-
4 gatum in eius potestate. † Esse enim tum le-
gatum in potestate heredis, cum testator in
potestate eius fecit, an velit dare: ut proin-
de non sit obligatus, qui, nisi velit, dare
non cogitur. *L. sub hac conditione, D. de*
5 *obl. et act.* Nunc autem † hac adiectione non
effici, quominus heres dare necesse habeat.
Habet enim necesse dare alterutri: sed hoc
ei tribui, ut sit potestas pro arbitrio distri-
buendi, cui volet. Itaque ex illo non obliga-
tur heres: ex hoc obligatur: ut non immeri-
to illud non valeat, hoc valeat.

At enim, dicat aliquis, in hac adiectione,
cui volet, inest hæc conditio, *si volet,* quo-
niam uni potius non dabit, quam alteri, ni-
si hac conditione, si volet. Ita est: sed non
ideo ista similia. Hic enim locum habet re-
6 gula iuris. † *expressa nocent, non expressa
non nocent.* L. expressa, D. *de reg. iur. L.
nonnunquam, infr. de cond. et de.*

Sed esto, verbis non sint ista similia, *si*
volet, et cui volet. At certe hoc, *cui, volet,*
eandem vim habet. Ut enim alterutri dari ve-
limus: tamen res videtur exitum reperire non
posse. Nam si omnes simul legatarii, quibus
testator datum voluit, legatum petant, dicet
heres non recte eos petere, quia testator uni
tantum datum voluit; si unus petat, dicet
heres, se alium eligere: qui alius si rursum
petat, heres dicet se rursum alii mutato con-
silio dare velle. Inutile igitur legatum, quod
iuxta ab eo peti non potest. Vera hæc essent,
si hoc legato heres perpetuo electionem habe-
ret, cui det. Sed † hanc tantum habet a prin- 7
cipio, cum primum legatum dare potest, si
simul, atque potuit, non elegit, cui daret:
omnes legatarii ad petitionem admittuntur,
atque omnibus dare cogendus est. *L. cum
quidam, 24. L. si quis Titio, 17. §. ult. de
leg. 2. L. Labeo, §. ult. infr. de statul.*

At quomodo omnes statim admittuntur, in-
vito herede contra, quam a testatore cautum
est? Sic enim cautum est, *heres dato* non
omnibus, sed ex omnibus ei, *cui voles.* † 8
Intelligimus, hanc esse sententiam testatoris
ex eo, quod testator uni saltem datum vo-
luit. Nam si electionem heredi perpetuo da-
bimus, nulli unquam dabitur: quia semper
heres dicet, se hunc non eligere.

Qui fit igitur, ut † qui *illud, aut illud* 9
pro-

promisit, placeat, hunc perpetuo volun-
tatem mutare posse in ea re, quam dare
velit? *L. eum, qui certarum, §. ult. de ver.*
10 *obl.* Quia † aliud efficit rerum electio, aliud
personarum, quibus dare debeas. Nam in re-
bus disiunctim promissis potest heres mutare
voluntatem, quandiu volet, sine creditoris in-
iuria, quoniam, ut promissor neutram det,
stipulator tamen utramque recte petet sub
disiunctione, id est, eodem modo, quo am-
bæ promissæ sunt, §. *huic autem. Inst. de
actio.* In electione personarum non possumus
heredi electionem perpetuo dare, cui det,
nisi una legatum amittatur: quoniam isto mo-
do fiet, ut nunquam quisquam sit, qui ab
eo petat. Itaque idem hic evenit, quod in
alternatione plurium locorum, quibus promis-
sor dare quid debet. Etsi enim cæteris in
rebus disiunctim promissis electio est debito-
11 ris: tamen † non est in locis disiunctim com-
prehensis: tantum ideo, quia, si in his reo
electionem dederimus, erit in eius potestate,
ne debeat, quia semper dicet, se alio loco
dare velle, ut disputat Scævola in *L.* 2. §.
Scævola. D. de eo, quod cer. lo.

Quod dixi, in hac specie legati herede
unum non eligente, cui det, continuo omnes
ad petitionem legati admitti, † non sic acci- 12
piendum est, quasi omnes simul possint le-
gatum petere, et petitio inter eos dividatur:
sed ut unusquisque possit petere solidum:
sic tamen, ut occupantis sit actio, et unius
petitione heres a cæteris liberetur. † Sunt e- 13
nim hic duo, pluresve rei testamento consti-
tuti. *L. si Titio* 16. *D. de leg.* 2. † Sic au- 14
tem in duobus reis accidit, ut unius petitio-
ne, et acceptilatione tota tollatur obligatio.
L. 2. *D. de duo. reis.* Convenit exemplum
L. si Titius, 9. *D. de verb. obl.*

Ad §. ult.

Quaesitum est, si coheredes ex disparibus partibus scripti sint, utrum partes suas in viriles partes restituere singulis debeant: an pro portionibus hereditariis, ex quibus heredes scripti sunt? Et placuit, si testator ita restitui iussisset partem: si aliquam pecuniam dedissent, si quidem aequas partes iussi fuerunt dare, conveniens videri esse etiam ex fideicommisso aequas partes ei restitui oportere: si vero dispares in ea pecunia distribuenda significasset testator, ut videantur hereditariis portionibus congruere, consentaneum esse, etiam fideicommissum pro hereditariis partibus eis restitui debere.

SUMMARIA.

1. *Si, pluribus heredibus inæqualiter institutis, unus rogetur portionem suam coheredibus restituere: utrum ex æquo, an pro hereditariis partibus restituere debeat*, et n. seqq. 7. et seqq.
2. *A verborum significatione non recedendum, nisi constet, aliud sensisse testatorem*, et n. 9.
3. *Nomina propria personas designant, earumque numerum, non qualitatem.*
4. Heredis *appellatio designat qualitatem personæ.*
5. *Plures heredes sine partibus instituti ex æquo succedunt.*
6. *Pro qua parte deficientis portio accrescat collegatariis.*
8. *Personarum enumeratio quem effectum habeat.*
10. *Testatorem voluisse aliquid iniquum constituere, maxime in eos, quos dilexit, inverisimile.*
11. *Quem incommoda, eum, et commoda sequuntur.*

Tres sunt heredes instituti, Primus ex uncia: Secundus ex octo unciis: Tertius ex quadrante. Petit testator a Tertio, ut portionem suam coheredibus suis restituat: nihil amplius, quæritur, pro quibus partibus restituere debeat; utrum æquis, an pro hereditariis, id est iis, ex quibus illi heredes instituti sunt. Si ex æquis partibus restituitur: dividetur fideicommissum in duas partes æquas, ex quibus singuli unam ferent. Sin dividitur pro portionibus hereditariis: hæc erit distributio, ut si coniungas inter se uncias, ex quibus Primus, et Secundus heredes sunt instituti, fiant novem: ita tres unciæ, quæ restitui debent, in novem partes dividentur, ex quibus unam habebit Primus, is, qui institutus est ex una uncia: octo partes is, qui ex octo unciis institutus est. *L. si plures, supr. de vulg.* Horum ergo utrum fieri debeat, hic quæritur. Quæstio est non iuris, sed

sed facti, id est, voluntatis. Nam constat, eas partes fieri oportere, quas testator voluerit. Dubium est, quas fieri velit. De hac re hoc loco respondetur ex parte. Sed melius est, ut semel de re tota dicatur, cuius decisio commodissime petetur ex *L. quoties*, 23. *et* L. *nonnunquam*, *seq. infr. ad Treb.*

1 Primum hic † videndum, quibus verbis testator voluerit fideicommissum restitui coheredibus. Multum enim interest, an iusserit restitui propriis nominibus coheredum expressis: hoc modo, *peto a te portionem tuam restituas Primo et Secundo* (erant autem hi coheredes, et hæc nomina utriusque): an vero iusserit restitui sub appellatione heredum hoc modo, *restituas coheredibus tuis*. Propriis nominibus expressis, placet, æquas partes singulis deberi, quod si heredes nominati non sint, deberi hereditarias. *d. L. nonnunquam*, *infr. ad Treb. L. si heredes.* 124. *supr. de leg.* 1. Hoc ex verbis sumptum est
2 et verborum significatione, † a qua nunquam aliter recedendum est, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. *L. non*
3 *aliter*, *D. de leg.* 3. † Nomina enim cuiusque propria personas designant, et numerum earum, non etiam ullam earum qualitatem. Ita qui propriis nominibus expressis vult restitui, vult restitui pro numero personarum.
4 † Heredis autem appellatio non tam personam significat, quam personæ qualitatem, cum enim dico heredem, intelligo heredem, quatenus heres est, nam ultra non est heres. Idcirco his verbis, *restituas coheredibus tuis*, hoc exprimitur, *restituas coheredibus*, *quatenus heredes sunt.*

Ex hac ratione est, quod de pluribus he-
5 redibus institutis traditum est, † si sint instituti sine partibus, æqualiter institutos videri. *L. quoties*, §. *heredes*, *supr. de her.*
6 *inst.* item, quod de legatariis, † si pluribus eadem res legata sit, et unus defecerit, eius portionem accrescere cæteris pro virilibus portionibus. *L. unica*, §. *ubi*, *C. de cad. tol.* Quippe heredes instituuntur a principio expressis nominibus: et in legato certi nominantur, quibus eadem res relinquitur, ne forte mirum sit, quod inter eosdem heredes, partibus non expressis, inæquales interdum fieri legimus. Quamquam et in heredibus institutis, et in legatariis alia quoque ratio est, cur et illi æquas partes hereditatis habeant, et hi æquas portionis deficientis partes accipiant. Nam quas alias haberent ii, qui prius ex inæqualibus partibus instituti non fuerunt, quibus res ex diversis partibus relicta non est? Iis, qui ex disparibus partibus heredes instituti sunt, si quid postea iubetur restitui, partibus non adscriptis: non mirum, si hic easdem partes servamus. Habemus enim iudicium testatoris in una re expositum, quod in alia simili sequamur.

Sed † quod de partibus æquis servandis 7
diximus in his coheredibus, quibus fideicommissum expressis singulorum nominibus relictum est, perpetuum est, sive iubeantur vicissim summam aliquam pecuniæ dare singuli quamvis disparem, sive non iubeantur. † 8
Hunc, ut dixi, effectum habet personarum enumeratio. *d. L. si heredes*, *supr. de leg.* 1. *d. L. quoties*, *iuncta L. seq. infr. ad Treb.* Quorsum enim singulos heredes nominat testator, nisi ut eos exæquet in hoc fideicommisso, qui in hereditate dispares partes habebant: cum alioqui uno verbo rem absolvere potuerit, ut diceret, *restituas coheredibus?* At † non item semper dividitur 9
inter coheredes fideicommissum pro hereditariis portionibus, cum his iubetur dari sub appellatione heredum. Hic enim idem accidit, quod in omni scripto, ut a significatione quidem verborum recedi non oporteat, nisi testatoris mens refragetur: cæterum ea cognita hanc ipsam sequamur. *L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Quoties igitur paterfamilias unum, vel duos heredes iubet hereditatem restituere coheredibus suis, nempe his ipsis verbis adiectis, *coheredibus tuis restituas*, tandiu visum est veteribus intelligi testatorem easdem partes in fideicommisso facere, quas in hereditate fecit, idest, hereditarias, quandiu non iubentur coheredes vicissim pecuniam dare. Cæterum si iubeantur, ex hoc voluntatem testatoris coniici posse putaverunt, quam et ipsam coniecturam sunt secuti, quæ pars est, quæ hoc loco deciditur, eum ipsum locum cum planius et brevius complexus videatur Iulianus in *L. quoties*, 23. *infr. ad Treb.* eius verba hic adscribam, ut sint velut interpretationis vice. *Sed si iubeantur*, inquit, *hi quibus fideicommissum datur*, *pecuniam numerare*, *atque ita fideicommissum recipere*: *ex quantitate pecuniæ*, *quam dare iubentur*, *voluntas patrisfamilias colligenda est. Nam etsi ex disparibus partibus heredes scripti æquas partes dare iubentur*: *propius est*, *ut viriles recipere debeant*, *si vero summa pecuniæ dandæ congruit portionibus*: *hereditarias portiones accipere debebunt*: hæc ille: tantumdem Caius hoc loco, nec amplius.

At unde hoc sumptum, videri partes viriles in fideicommisso iis datas, qui et ipsi æquas dare iussi sunt? Credo, † quod non sit veri- 10
simile, testatorem cum in quenquam, tum maxime in eos, quos ut apparet, dilexit,

et quibus honorem habitum esse voluit, inique aliquid voluisse constituere, quod tamen ita fieri videtur, si iis, quibus paria onera in fideicommisso recipiendo iniunxit, non paria quoque commoda tribuat. † Est enim secundum naturam commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum*, *D. de reg. iur.* 11

Ad L. Si inter. 8.

Paulus libro II. Sententiarum.

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit: priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donaverat. Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit: quæstionis decidendæ gratia magis placuit valere donationem: eo maxime quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

SUMMARIA.

1. *Donationes non valent inter virum, et uxorem.*
2. *Morte tamen donatoris confirmantur, si is prior decesserit, non mutata voluntate.*
3. *Item, si uterque simul decesserit.* et n. seqq.
4. *Non decessit prior, qui simul cum altero decessit.*
5. *Deficiente conditione legis, cessat lex.*
6. *Eventu quomodo confirmentur donationes inter coniuges.*

1 SCiendum est, † ita primum obtinuisse moribus Romanorum, ut donationes inter virum et uxorem non valerent ob eas caussas, quæ referuntur in *L.* 1. 2. *et* 3. *supr.*
2 *de don. int. vir. et uxo.* † Postea constitutione Marci Antonini ad aliquem modum sunt confirmatæ, quæ constitutio exstat in *L. cum hic status*, *supr. de donat. int. vir. et uxor.* Ea lege ita cautum est, si is qui donavit, prius decesserit, quam eum pœniteret: heredem donatum eripere non posse. *d. L. cum hic status*, §. 1. quod si prior vita decesserit, qui donatum accepit, tum plane donationem non valere. *d. L.* §. *si ambo.* De iis coniugibus, qui pariter decesserunt, nihil in lege scriptum est. Ideo quæritur, quid de istorum donatione iudicandum sit, et utrum valeat, necne.

Si non appareat, uter prius decesserit, de quo nunc agitur, difficilem esse quæstionem, ait Ulpianus in *d.* §. *si ambo*, propterea quod, si de facto quæritur, marito et uxore pariter decedentibus, nunquam alterum alteri supervixisse credimus, ut postea dicam ad *L. prox.* §. 1. Si de iure, hæc species superiore lege prætermissa est, ut videtur, nec contra priores leges faciles esse debemus ad donationes
3 tuendas, quæ moribus non valuerunt. Sed † placuit et Paulo hoc loco, et Ulpiano in *d.* §. *si ambo*, donationem in hac specie ex superiore illa lege satis defendi, etiamsi ambos simul et uno momento decessisse concedamus. Tuetur hanc sententiam Ulpianus etiam verbis legis. Nam in ea ita scriptum est, donationem non valere, si is, qui donatum accepit, prius decesserit. Ex quo colligit, si prius non decesserit, donationem valere. † Verum 4
est autem, eum non decessisse priorem, qui pariter decessit. Innuit, † quoties aliquid in- 5
firmatur lege, aut conceditur certa conditione, ea conditione cessante legi locum non esse. An enim ea conditio frustra adiicitur? Simile argumentum est Papiniani in *L.* 1. *vers. huius*, *supr. de off. eius*, *cui mand. est iuris.* Paulus autem hoc loco eandem sententiam defendit non verbis legis, sed sententia: quia scilicet in hoc casu, qui lege est prætermissus, par caussa, et ratio est cum eo, in quo constituitur donationem valere. Vult enim lex, si is, qui donavit, decesserit, heredem eius donatum eripere non posse: addit, durum hoc, et avarum esse. Ex quibus verbis intelligitur, Imperatorem ita iudicasse, et constituisse donatorem idoneam personam esse, quæ donationem revocaret: heredem eius non item. Id si valet, donatore prius mortuo: valere debet et donatore pariter decedente. Nam et hoc casu non superest donator, qui rem possit condicere, ut hic Paulus loquitur. Sunt ei, qui prius decessit, heredes: verum heredibus eius donationem eripere non conceditur. Cur magis eius heredibus, qui pariter decessit, condictio dabitur? huc facit *L. illud*, *D. ad L. aquil. L. a Titio*, *in fin. D. de verb.*

verb. obl. L. non possunt, et seq. D. de legib.

Quærunt hic, quomodo donatio, quæ ab initio non valuit, eventu confirmetur. Quæ quæstio non magis ad hunc locum, quam ad omnem confirmationem donationis inter virum et uxorem pertinet. Dicam tamen breviter, † nihil hic tractu temporis confirmari, sed lege: nec confirmari donationem inter virum et uxorem, sed donationem mortis caussa, utpote quæ solum morte donatoris confirmetur. *L. in donationibus C. ad L. Falcid.* 6

Ad L. Qui duos. 9.

Triphoninus **lib. XXI. Disputationum.**

Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moreretur, Titium substituit, duo impuberes simul in navi perierunt; quaesitum est, an substituto, et cuius hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent: priori mortuo frater ab intestato heres erit; posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quæstione ubi simul perierunt: utrum quia neuter frater superstes fuerit, quasi utrique ultimi decessisse videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumatur, quæritur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit. Nam et qui unicum filium habet, si supremo morienti substituit non videtur inutiliter substituisse. Et proximus adgnatus intelligitur, etiam qui solus est, quique neminem antecedit, et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt.

SUMMARIA.

1. *Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, substitutus, si ambo simul perierint, utrique heres erit.* et n. 21.
2. *Contraria argumenta proponuntur, et solvuntur.* et n. seqq. 12. et seqq.
3. *Non decessit postremus, qui simul cum altero periit.*
4. Supremus *dicitur etiam qui solus est.* et n. 5. 9.
6. Proximus *dicitur et qui omnes antecedit, et qui solus est.* et seqq.
10. *Impropria significatio propriæ præfertur, ne pereat substitutio.*
11. *In re dubia id agendum, ut res valeat potius, quam pereat.*
14. *Ubi duo simul quidpiam facere, neuter dici potest* primus.
15. *Legatum relictum ei, qui primus quid fecerit, duobus simul facientibus, neutri debetur.*
17. *Exponitur* L. si eius, 34. D. ad S. C. Trebell. et n. seqq.
18. *An, et quando mater excludat substitutum.* seqq. et n. 22.
19. *Substituens* novissimo *ius legitimarum hereditatum conservat.*
20. *Semper in dubiis benigniora præferenda.*
23. *Frater fratri non necessarius, sed voluntarius est heres.*

QUI duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus morietur, Titium substituit. Ambo impuberes cum in nave essent, navi fracta, simul perierunt: aut, cum essent in eodem cœnaculo, ruina cœnaculi simul oppressi sunt, quæsitum est, an substituto, et cuius hereditas deferatur. Nam, ut verba sunt substitutionis, non videtur locus esse substituto. Substitutus est Titius ei, qui supremus mortuus esset. Neuter autem ex his postremus, simul enim decesserunt. Triphoninus, demonstrata prius testatoris voluntate, quasi hæc fuerit, ut vellet substitutum utriusque impuberis habere hereditatem; probata præterea significatione verbi *supremus*, quasi uterque recte dici possit supremus, † statuit et 1
ex verbis substitutionis, et testatoris sententia substitutum in proposito utrique impuberi heredem futurum. Quod totum ut possit intelligi, videndum est diligenter, quæ huic sententiæ adversentur. In his diluendis et removendis occupatum esse Triphoninum reperiemus. Ita etiam quid agat, quidque velit, facile intelligetur.

Ac prima fronte † huic sententiæ et verba 2
substitutionis refragari videntur, et voluntas te-

testatoris. Nam de contrariis sententiis nihil dicit Triphoninus contentus suam confirmare. Quod ad verba attinet, substitutus est Titius
3 ei qui supremus morietur. † Non decessit postremus ex duobus, qui simul cum altero decessit. Dicitur enim postremus, sive posterior ex comparatione prioris, et *comparatio posterioris decedentis*, inquit, *ex facto prioris mortui sumitur*: id est, non decedit quisquam posterior, nisi sit aliquis, qui prior mortuus fuerit. Hic autem neuter altero prior decessit, ergo nec posterior, seu postremus.

Ad hoc Triphoninus respondet in extremo
4 responsi. Fatetur, † *supremum* ita proprie dici, quem alius præcedit, et quem nemo se-
5 quitur: sed idem ostendit † *supremum*, *seu novissimum* etiam recte dici eum, qui solus sit, quem eundem nemo sequatur, quemad-
6 modum, inquit, † proximus is proprie est, qui ex pluribus est primus, quique cæteros
7 antecedit, sed † is etiam intelligitur proximus, qui solus est, is scilicet, quem nemo antecedat. Sic proximus agnatus accipitur in lege duodecim Tabularum. §. *si plures*, *Inst. de leg. ag. succ. L. proximus*, *D. de verb. sig.*
8 Et in summa ut † proximus ex comparatione priorum recte dicitur, qui nullum se priorem
9 habet: sic † supremus recte ex comparatione posteriorum, ut sit is, quem nemo sequitur, etiam si et hic, et ille ambo sint soli. Supremum autem de eo dici, qui solus est, usitatum esse docet in substitutionibus: ut cum pater substituit ei filio, qui supremum morietur, quam substitutionem utilem esse omnes concedunt etiam in eo, qui unum tantum filium habet. Exemplum habes in *L. ex duobus*, *supr. de vulg.* Ita fit, ut, cum in proposita specie ambo impuberes ii sint, post quos alius non decesserit, ambo supremi decessisse recte dicantur.

Sed, cum *supremus* duobus modis dicatur, ut modo dixi: uno modo, quem alius præcedit, quem eumdem nemo sequitur: altero, quem nemo sequitur, etiam si sit solus: cur Triphoninus hoc loco posteriorem significationem potius eligit; præsertim quam
10 constet minus esse propriam? † quia ita neces-
11 se est, ut substitutio valeat. † In re autem dubia id agendum est semper, ut res valeat potius, quam pereat. *L. quoties in actionibus*, *infr. eod.*

12 Sed † esto, substitutus hic admittatur ad hereditatem utriusque ex verbis substitutionis: at voluntas repugnat, dixerit quispiam, quominus admittatur. Nam his verbis, *ei qui novissimus morietur*, testator aperte voluit substitutum uni succedere, non utrique, non ergo utrique succedet contra voluntatem, pro qua sententia facit *L. sequens.* Et hoc quoque Triphoninus expedit in principio responsi, probat enim, in hac specie testatoris hanc esse mentem, ut substitutus utriusque impuberis hereditatem habeat. Id quod ita intelligi potuit, si impuberes ordine vita decessissent. Sic enim eveniret, ut priori mortuo frater superstes heres esset, huic autem fratri postea decedenti heres esset substitutus: sed ita, ut in ea hereditate etiam ante defuncti filii haberet hereditatem: quippe quæ ad posteriorem vivum pertinere cœpisset. Est autem in hereditate cuiusque, quod is cum moritur, habuit.

Quorsum igitur hoc de ordine succedendi inter istos, si ordine decedant, cum † pro- 13
posita sit quæstio de iis, qui simul vita decesserunt? Ut intelligatur, quod supra posui, testatorem hoc animo esse, ut substitutus utriusque hereditatem habeat. Quid tum præterea? ut intelligatur hoc quoque substitutum utrique succedere, idque recte defendi et verbis testatoris, et sententia.

Hæc de sentia Triphonini. Sed cum hac sententia nonnulli loci pugnare videntur. Ac
primum † ex sequenti capite colligitur, quo- 14
ties duo simul et pariter quid fecerunt, neu-
trum ex his dici posse primum, et ideo, † 15
si ei qui primus quid fecisset, quid legatum esset, ambobus simul idem facientibus, placet neutri legatum deberi. At deberetur utrique ex Triphonini sententia, quia ille defenderet, utrosque esse primos, quos nemo præcessisset, etiam si essent soli. Quod si neuter istorum primus est, neuter ne supremus quidem iudicandus est.

Sed † observandum est, in ea specie, cum 16
ei qui primus, aut supremus quid fecissest, aliquid legatur, et duo pariter idem faciunt, quod dicitur neutri legatum deberi, non in eo caussam esse, quod neuter ex iis dici possit primus, aut supremus: sed quod non ita legatum sit, ut testator duobus legatum velit. Voluit enim uni dari, de eo si potest constare, huic dabitur, quoniam non potest, nihil agitur. In hac specie, quam tractamus, cum ad utrosque qui pariter idem fecerunt, voluntas testatoris ex æquo pertineat, non tam his ambobus ex verbis, quam ex iudicio testatoris succeditur. Ita in his caussis voluntas dissimilis testatoris ius diversum postulat.

Sed videamus, ne in eadem specie contrarium scriptum sit a Marciano in *L. si eius*, 34. *infr. ad Treb.* Nam hoc loco, qui duos impuberes filios habebat, ei qui novissimus
morietur, Titium substituit directo. † In *d.* 17
L.

L. si eius, idem pater ex duobus filiis ei, qui novissimus moreretur, Titium substituit precario, idest, petiit ab eo, qui novissimus moreretur, ut portionem hereditatis Titio restitueret. Similia hæc plane sunt. Quid enim interest, utrum Titius substituatur impuberibus directo, an precario, cum in utroque eadem sit voluntas testatoris id agentis, ut aliqua via hereditas sua ad Titium perveniat, et semper eadem personarum incertitudo sit, si ambo impuberes pariter decesserint? Illic tamen scriptum est, si pariter decedant, substitutum, si non ostenderet, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti: sed matrem ex Tertylliano ad utriusque hereditatem admitti constare.

18 Non sunt vero hæc contraria: sed † eo loco admonemur, quod dicitur, impuberibus pariter decedentibus, substitutum ad utriusque hereditatem admitti, tum recte dici, cum impuberes matrem non habuerunt supestitem. Et sane de his agi a Triphonino in hoc loco, licet intelligere ex eo, quod ait, priori fratri mortuo fratrem eius intestato heredem futurum. Nam si is, matre superstite, decessisset: hæc heres esset defuncto ex Tertylliano, non defuncti frater. *Tit. de Senat. Ter. Inst.* Substitutus igitur, ambobus pariter, matre defuncta, decedentibus, utrique heres erit, quia nullus est alius, qui iure suo alterutrius hereditatem ad se revocet, et in ea obstet substituto. At si mater vivet: rectissime dictum est, excluso substituto, matrem utriusque hereditatem habituram: idque vel iure,

19 vel adeo verbis et sententia testatoris. † Sciendum est enim, cum testator substituit *novissimo*, hac adiectione eum id agere, ut in priorum decedentium hereditate nihil iuris habeat substitutus, sed ius legitimarum hereditatum integrum legitimis heredibus conservetur. *L. vel singulis, supr. de vulg.* Ergo, uno ex his primum decedente, aut mater ei heres sit: aut, si mater non est, sit heres defuncti frater. Hoc posito, ambobus pariter decedentibus, vel substituti sententia necesse est matrem ad utriusque hereditatem admitti. Quidquid enim ille pro se dicet, ut utrique succedat: eadem pro matre adversus eum convertentur. Titius utrique heres esse vult, quia substitutus est novissimo, et uterque est novissimus. Hac ipsa ratione mater utrique heres esse debebit. Mater enim et iure, et iudicio testatoris vocatur ad hereditatem eius, qui primus decesserit, et ambo sunt primi. Hactenus igitur mater, et substitutus in pari caussa sunt, hoc quæritur, utrum potius ambos impuberes, pro commodo matris iudicare debeamus primos: an ambos pro commodo substituti supremos. Non dubium est vero, utrum sit benignius, et magis voluntati testatoris consentaneum, matrem admitti ad filii hereditatem, an extraneum. Matrem igitur admittemus potius. † Semper enim in dubiis be- 20
nigniora præferenda sunt, præsertim cum ex his voluntas testatoris conservetur. *L. semper in dubiis, D. de reg. iur. L. seq. §. ult. L. benignius, D. de legi. et Senat.*

Summa hæc sit. † In hac hypothesi, cum 21
impuberes ambo simul decesserunt, substitutus ambobus heres erit, et verbis substitutionis, quia *novissimus* recte dicitur, quem nemo sequitur, quod hic accidit: et sententia testatoris, quia testator Titium novissimo substituendo voluit, eum etiam prioris hereditatem habere per novissimum, qui priori successerat, † hoc ita accipiendum est, si de- 22
functis impuberibus mater non erit. Si erit, hæc substitutum excludet, et utrique ab intestato heres erit vel iudicio ipso testatoris, vel quod in pari caussa æquius sit matrem filio succedere.

Quod ait Triphoninus, *priori mortuo frater ab intestato heres erit*: † heres erit, sic acci- 23
pe, si volet, nam ipso iure frater fratri heres non exsistit, cum non sit necessarius heres fratri, cuius in potestate non fuit. *§. sui autem, Inst. de her. quali. et diff.*

Ad §.

Ad §. Cum in bello.

Cum in bello pater cum filio periisset, materque filii quasi postea mortui bona vendicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periisset: divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

S U M M A R I A.

1. *Ubi alteri superstiti aliquid per alterius mortem defertur, utroque simul pereunte, nihil debetur, nisi statui possit, alterum alteri supervixisse.*
2. *Ex duobus, qui simul perierint, nunquam alteri alter supervixisse creditur, nisi alter sit pater, materve; alter filius, vel filia.* et n. 5.
3. *Legatum uxori a marito relictum non debetur, si simul perierint.*
4. *Si duo fratres impuberes invicem substituti simul perierint: neuter alteri heres erit.*
6. *Si pater, materve una cum filio perierit: filio impuberi pater, materve; pubes autem patri, aut matri supervixisse creditur.* et seqq. *et* n. 13.
8. *Parentes in liberis pro affectu magis terrentur.*
11. *Si pater, et filius simul perierint, quisnam in bonis cuiusque eorum succedat.*
12. *Sui heres existunt etiam ignorantes.*

TRactatur hoc §. et sequentibus usque ad finem capitis de duobus, qui pariter obierunt, tractatur idem in *L. quod de pariter*, 16. et duabus seqq. in *L. cum pubere*, 22. *et L. seq. infr. eod.* Quæstio hanc habet occasionem. Sciendum est enim, nobis multa deferri ab alio, aut promitti sub conditione, si is prius decesserit; nos simus superstites; aut si quis unus prius decesserit, alius autem quivis postea: ut puta, defuncti patris hereditas defertur filio, nempe superstiti: sic cuiusvis hereditas heredi, qui superstes erit: et impuberis hereditas ad substitutum pertinet, si impubes prius decesserit: et legatum ad legatarium, si prius decesserit testator, quæ exempla sunt in *L. idem est.* 17. *et L. sed et in illo, seq. infr. eod.* Interdum convenit, ut dos apud maritum maneat, si mulier in matrimonio decesserit: si decesserit aut filium superstitem habens, aut ipsa superstes filio, ut hic. §. *si maritus*, et
1 *L. inter, D. de pac. dot.* † In hac conditione certum est, si is, cui ista deferuntur, et is, a quo ea exspectantur, ambo pariter decesserint, nihil deberi, si modo non possit, aut debeat hoc statui, alterum altero prius decessisse. Quod si potest, aut debet, contra. Hinc illa quæstio, an possit, et debeat. Quæ, quo magis res tota intelligatur, apertius et explicatius a me proponetur.

Igitur quoties aliquid alicui defertur, *si ille, aut ille prius decesserit*; et is, quem prius decedere oportebat, et is, quem postea sequi, pariter ambo decesserunt aut bello, aut ruina, aut naufragio, et similibus casibus, necesse est quæri, utrum statuendum sit, utrumque eodem momento decessisse: an vero credendum, alterum altero decessisse prius: et, si id credi par est, utrum credendum sit prius id fecisse. De quo ex iis locis, quos initio proposui, commode ita posse statui videtur, ut subiiciam. Igitur, † si hic qui 2
simul perierunt, non sunt pater et filius filiave; mater, et filius filiave: receptum est, nunquam credi alterum altero prius decessisse, et ideo nec alterum alteri supervixisse. Et hæc summa est exemplorum, quæ proponuntur in *L. idem et L. sed et in illo, seq. hic.* Utputa, † maritus uxori aliquid legavit, si- 3
mul maritus et uxor obierunt, uxori nihil debebitur, eoque nec ad heredes transmittet quidquam. † Impuberes duo fratres invicem 4
substituti sunt, aut pubes impuberi, simul perierunt, neuter alteri heres exsistet: quia neuter alteri fuit superstes. Quæ sententia hanc 5
rationem habere mihi videtur, quod in omnibus extraneis, idest iis, quorum unus pater non est, aut mater; alter filius, aut filia, nihil proponitur proprium, quamobrem credi debeat, alterum alteri supervixisse; alterum altero prius decessisse. Etenim commune periculum est omnium, dolor et metus privatim singulorum is, ut de se unusquisque cogitet, non de cæteris: aut, si cogitet de cæteris, non tamen illorum periculo potius afficiatur, quam suo; ne forte quis dicat, hunc dolorem

et

et metum ad mortem accelerandam quidquam momenti attulisse. Et quamvis unus ex his impubes sit, eoque infirmior; alter pubes et robustior: non tamen ideo credi par est infirmiorem prius decessisse. Fieri enim potest, ut impubes minus læsus sit ex ruina, aut ex vulnere, aut læsus sit posterius, et ob id etiam diutius vixerit.

Quod si pater sit, et filius; mater et filius, qui pariter decesserint: personarum conditio aliam admittit interpretationem. Et generaliter creditum est, alterum alteri supervixisse, sed patrem alias, alias filium. In quo
6 hæc distinctio veteribus placuit. Nam † si pater, materve cum filio impubere perierit, crediderunt prius decessisse impuberem; et patrem, matremve filio supervixisse, *hac L. qui duos, in fin. L. si mulier*, 23. *infr. eo. L. inter*, *supr. de pac. dot.* Sin esset filius pubes, cum quo pater aut mater periisset: crediderunt contra, patrem prius mortuum esse filium diutius vixisse. *ead. L. qui duos*, §. *ult. L. cum pubere*, *infr. eo.* Cuius sententiæ ratio nobis explicanda est. Quid enim ad mortem celeriorem, aut tardiorem facere videtur personæ patris conditio? aut si quid facit, cur aliud in filio impubere, quam pubere placet?

Et præclare utrumque a veteribus consti-
7 tutum est. † Necesse est enim, eum existimari prius decessisse, in quo iustæ sunt caussæ natura, cur prius decederet, quandiu nihil contra naturæ consuetum ordinem in eo factum probetur. At in extraneis cur unus alio prior moriatur, caussæ natura nullæ sunt. Cur autem pater prius, quam filius pubes, multæ, quas, nisi quid, ut dixi, contra probetur, sequi oportet. Nam, ut cætera in parte et filio fere sint paria, quæ pertinent ad vires et firmitatem corporis: at amor incredibilis et affectus patris erga filium omnia suadent, ut illum prius decessisse credamus. Credibile est enim, illum sollicitum de casu filii aut se in præsens periculum coniecisse, ut filium servaret; aut, si id non fecit, tamen dolore ex casu filii concepto
8 exanimatum citius vitam finivisse. Nam † hoc vere dictum est a Paulo in *L. isti quidem*, *in fi. D. quod met. cau.* parentes in liberis pro affectu magis terreri.

Cur ergo in filio impubere non idem dicimus? non enim dubium est hoc eodem affectu esse patrem erga filios impuberes, atque adeo maiore, ut erga eos, quibus magis timemus, et quorum etiam nos miseret propter ipsorum infirmitatem. Et sane idem dicendum esset, cum sint in eo cætera omnia similia: nisi prohiberet persona ipsius impuberis. In quo † multa concurrunt, quæ hanc 9
coniecturam extorqueant, si ambo, filius impubes, et pater, eodem loco et tempore in idem periculum inciderint, impuberem prius decessisse, quam patrem: terror scilicet summus impuberis, impatientia doloris, infirmitas virium et corporis. Credibile est, impuberem in tumultu repentino, et omnium consternatione, ac præsertim patris, a quo uno pendebat, in præsenti periculo statim terrore exanimatum esse. Nam pueri, in quibus nullus est usus, et qui omnia maiora, quam sunt, iudicant propter imperitiam ætatis, rebus quibusque etiam levissimis terrentur. Impatientia doloris in ea ætate summa, ut quæ eiusmodi malis ferendis non sit adsueta. Hæc mortem acceleravit. Infirmitas autem corporis facit, ut pueri minus possint morti obsistere. Summa ergo ratio est, cur existimetur impubes prius decessisse.

Neque tamen ex persona solius impuberis id ita colligeremus, nisi iudicaremus patrem et filium eodem loco fuisse, nam † si di- 10
versis in locis essent, nihil prohiberet patrem aut prius esse oppressum, aut læsum esse vehementius, et ob id etiam impuberem vixisse diutius: quod de duobus extraneis supra dixi. Nunc autem ambos eodem in loco esse natura suadet, ut credamus. Credibile est enim impuberem a latere patris non discedere, aut si ab eo abesset, tamen illum, casu exorto, in sinum patris, et tutelam confugisse; aut patrem ad suscipiendum et servandum impuberem ultro accurrisse. Quæ res facit, ut cum pater neque prius læsus sit, neque gravius, quam impubes, quia scilicet ambo eodem in loco fuerint, in pari casu, et ictu credendum sit patrem diutius vixisse ob eas caussas quas commemoravi.

Huius differentiæ † effectus hic est, ut, si 11
impubes cum patre simul perierit: mater filio succedat in ea bona dumtaxat, quæ filius prius habuit: agnati autem patris succedant patri. Sin decesserit pater cum filio pubere, ius commutetur, qui effectus et in §. *ult. huius* L. et in hoc §. *cum bello*, ostenditur, ubi species hæc proponitur. Pater et filius, cum ambo militarent, in acie ambo perierunt, quibus mortuis exsistunt duo genera heredum, qui istorum bona vindicent: mater impuberis, et agnati patris. Agnati hereditatem patris vindicant: et recte vindicant, si modo filius patri non successit. Liberis enim non exstantibus agnati defuncto legitimi heredes sunt. *Tit. de leg. ag. suc. Inst.* Ergo ob hanc caussam agnati dicunt, filium prius decessisse. Mater contra vindicat bona filii, et vindicat tanquam postea

mor-

mortui; hoc consilio videlicet, ut bona omnia habeat, non tantum quæ fuerunt olim filii, vivo patre: sed etiam bona patris, atque ita agnati excludantur. Nam, si pater prius mortuus est, ut mater contendit: filius patri mortuo statim heres exstitit ipso iure, etiamsi in eo periculo non potuerit de here-
12 ditate patris cogitare. † Sui enim heredes existunt etiam ignorantes, §. *sui autem. Inst. de here. quæ ab intest.* Si patri heres fuit: mater postea filio succedendo ex Senatusconsulto Tertylliano et bona filii habebit, et in his bonis hereditatem patris, quæ filio prius quæsita una cum reliquis eius bonis ad quosvis heredes transmittitur. *L.* 3. *C. de iu. del.* Quæritur igitur, uter prius decessisse intelligatur, pater, an filius. Et convenienter superioribus † Hadrianus Imperator credidit, 13
patrem prius mortuum. Nam quod proponitur hic filius cum patre bello decessisse, satis declarat, filium fuisse puberem, impuberes enim ad bellum duci non solent. Et quod dicitur, matrem utriusque bona habituram, et patris et filii, non est hic favor matris, propter quem id constituitur, nam quicunque alii heredes essent, idem probaremus, hac *L.* §. *ultim.*

Ad §. Si cum filio.

Si cum filio suo libertus simul perierit: intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius. Hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

SUMMARIA.

1. *Patre, et filio impubere simul pereuntibus, pater filio supervixisse censetur, etiam in contractibus.*
2. *Patronus legitimus heres liberto.*
3. *Cur, liberto decedente simul cum filio, pater filio supervixisse existimetur.* et n. 4.
5. *Patri, qui una cum filio periit, supervixisse filius non creditur, si eius voluntas, de cuius bonis agitur, adversetur. Exponitur* L. ex facto, 17. §. si quis, 7. D. ad S. C. Trebell.
6. *Semper id agendum, ut ne fideicommissum intercidat.*
7. *Publice expedit, supremas hominum voluntates exitum habere.*
8. *Si testator fideicommissum ab herede reliquerit*, si heres, liberis superstitibus, decederet, *ne scilicet bona ad eos pervenirent: patre simul cum filio pereunte, credendum erit, filium diutius vixisse.*

Ex tribus partibus distinctionis eius, quam supra explicavimus, prima illa sententia, quæ de duobus extraneis pariter decedentibus posita est, perpetua est. Etiam illam alteram ratam esse animadverto, qua placet, patre et filio impubere simul decedentibus, intelligi patrem postea mortuum:
1 † admittitur enim a Papiniano etiam in contractibus in *L. inter, supr. de pac. dot.* Hæc postrema, qua placet, si pater cum filio pubere simul obierit, credendum esse filium supervixisse, non item videtur esse explorati iuris, nam primum cum ea pugnare videtur, quod in hoc §. *si cum filio* scriptum est. *Si cum filio suo*, inquit Triphoninus, *libertus simul perierit: intestati liberti patrono legitima defertur hereditas*: quod nihil aliud est, nisi libertum, eumdemque patrem filii prius non decessisse, nec filium patri supervixisse. Nam si supervixisset, hic intestato patri he-
2 res exstitisset, non patronus. Sic enim † ius est, ut patronus liberto intestato sit heres: sed hac conditione, si libertus sine liberis decesserit. *Tit. inst. de suc. lib.*

Sed hoc solvitur a Triphonino eodem loco. Ait enim, † hoc se ideo dicere, quia re- 3
verentia patronatus hanc interpretationem suggerat. Fit contra reverentiam patrono debitam a liberto, si in successione liberti in re dubia quemquam heredem extraneum patrono præferamus. Est et hoc contra eandem reverentiam, quod, si alii heredi utramque hereditatem liberti et filii eius vindicanti creditur, patrem pius decessisse: imponimus necessitatem patrono, ut probet, illum decessisse simul cum filio. Erat autem convenientius hunc honorem exhiberi patrono, ut in pari caussa potius ab adversario probationem rei dubiæ, quam dicit, exigeremus. Ergo hoc responsum superiori sententiæ contrarium? nequaquam, sed Triphoninus ea ratione, qua hic usus est, nos admonet, quod dicitur, cum pater cum filio pubere periit, videri patrem prius mortuum, hactenus verum esse,

quoad ita interpretando iniuriam non faciemus, cum heredem a successione patris removendo, quem præcipue ei succedere æquum erat, ut patronum. Nam id si fiet: pietati, et æquitati locum potius dabimus.

Nec quisquam nobis illud obiiciat, libertum non minus patrem esse filio suo, quia sit libertus; quare et in hunc easdem caussas cadere, cur existimetur, ut pater prius decessisse natura. Iniquum et absurdum esse, cum in hoc eadem sit persona, quæ in cæteris patribus, eadem ratio; denique cum omnia alia sint paria in eo, quod pater est: tamen in aliis patribus hoc dici eos prius decessisse; in liberto patre contra, eum prius decessisse non existimari, idest, in eadem caussa ius diversum constitui contra *L. illud, D. ad leg. Aq.* Nihil ad rem pertinere, quod patrono reverentia debeatur, hanc enim reverentiam non fecisse, quominus libertus pater fuerit, et ita affectus in filium, ut sunt cæteri patres in liberos, ac proinde ita decesserit, ut cæteri parentes solent.
4 serit, ut cæteri parentes solent. † Nihil hæc nos moveant. Omnia in patre liberto cum cæteris patribus communia, fateor; addo etiam, credibile esse et hunc prius decessisse, quam filium. Sed, quidquid hic dixerimus, præsumptio tantum est: nec necesse est ita semper evenire. Hoc dicimus non tantum huic præsumptioni tribuendum esse in re dubia, ut, si hanc secuti, periculum sit, ne contra pietatem, aut reverentiam natura debitam faciamus, nihil amplius exigere debeamus: sed debere de re prius certo constare, de qua si non constet, sola præsumptio patrono, et æquitati non nocebit.

Sed nondum hoc satis, ut videtur, ut generaliter definiamus, patre et filio pubere simul decedentibus, patrem videri prius mortuum, ubi nihil contra bonos mores faciamus. Nam etsi proponatur ea persona patris hereditatem vindicare, cui nulla reverentia a defuncto debeatur: tamen patrem prius non decessisse respondit Ulpianus in *L. ex facto*, 17. §. *si quis autem*, *infr. ad Treb.* Proponitur apud eum testator petiisse ab herede, quem instituerat, ut, si is sine liberis decederet, hereditatem Titio restitueret: heres, qui filium habebat, una cum filio in nave periit: quæritur de fideicommisso. Ulpianus ait, si non probetur, uter prius decesserit, exstitisse fideicommissi conditionem, ac proinde fideicommissum deberi. Ergo aperte hoc dicit, patrem decessisse sine liberis, nam hæc erat conditio, *si sine liberis decessisset.* Ergo ante filium non decessit, non enim decederet sine liberis, qui decedens filium haberet adhuc viventem, quem relinqueret. Atqui proponitur heres rogatus hereditatem restituere extraneo, et cui nulla reverentia non magis debeatur, quam heredibus legitimis testatoris.

Et observandum est, agi in eo ab Ulpiano de voluntate testatoris: hanc intercidere, si patrem prius mortuum in ea specie respondeamus: ut appareat, quod quidam recte censuerunt, voluntatis tuendæ caussa superius illud ab Ulpiano esse responsum. Nempe eo loco rursum admonemur, non in priore tantum exceptione consistendum esse, sed † generaliter esse definiendum, tandiu, patre et filio 5
pariter mortuis, credendum esse, patrem prius decessisse, quandiu nihil fiat contra voluntatem eius, de cuius voluntate agitur. Ubi autem ita interpretando contra eam faciemus, iniquum esse sola hac præsumptione adversus sententiam auctoris niti, eamque conari isto modo evertere. Et ideo si de ea re agatur, quæ supra scripta conditione a lege deferatur, ut de hereditate legitima patris, et impuberis, de quo genere agitur in §. *cum bello*, *et* §. *ult. huius L. qui duos*: sequimur superiorem præsumptionem ideo, quia, sive quis succedat patri, sive succedat impuberi, utrobique succeditur ex voluntate legis: nec quidquam fit contra eam, nisi ubi aliquem heredem admittendo ad hereditatem filii ex hac præsumptione, lædimus pietatem aut reverentiam patroni: itaque cum id fit, quasi id quoque sit contra voluntatem legis, ea præsumptione nos non uti, supra diximus. Quod si agetur de re, quæ iudicio testatoris deferatur, eadem regula utentes dicemus, si superior illa præsumptio valeat ad voluntatem testatoris conservandam: hanc fideicommissario profuturam ad fideicommissi persecutionem. Sin, ea admissa, intercidat fideicommissum: sic rem nos esse interpretaturos, ut non credantur pater et filius aliter, quam simul decessisse, quo voluntas conservetur. Huc illa pertinent: † in testamentis semper in re 6
dubia id agendnm esse, ut voluntas salva sit, sive ne fideicommissum intercidat: *L. cogi*; *infr. ad Treb.* item, † publice expedire su- 7
premas testantium voluntates exitum habere. L. *vel negare*, *supr. testam. quemad. aper.*

Proinde † fingamus, testatorem instituisse 8
quem sibi heredem: eius heredis filios cum odio haberet, fideicommissum ab eo ita reliquisse, *si liberis superstitibus*, *decessisset*, veritum scilicet, ne hereditas ad eos rediret. Si heres, qui filium unum haberet, cum eo filio simul decesserit: mutata ratione, dicemus, patrem videri prius decessisse: quoniam id rursum efficit, ne voluntas intercidat.

Ad §.

Ad §. Si maritus.

Si maritus, et uxor simul perierint: stipulatio de dote ex capitulo, *si mulier in matrimonio decessissent*, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.

Ad §. Si Lucius Titius.

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit: intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse; et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

SUMMARIUM.

1. *Si vir, et uxor simul perierint: stipulatus dotem sibi reddi, si in matrimonio mulier decederet, dotem repetere potest, nisi illa viro superstes fuisse probetur.*

EXtraneus, cum dotem pro muliere daret, stipulatus est dotem sibi reddi hac conditione, *si in matrimonio mulier decessisset.* Maritus, et uxor simul perierunt.
1 † Triphoninus ait, nisi probetur mulierem viro fuisse superstitem, et ita maritum prius decessisse, stipulationem de dote locum habituram. Significat, hoc casu mulierem in matrimonio decessisse, sive quod ante maritum credatur obiisse, sive quod simul cum marito. Ea enim decedit in matrimonio, quæ, stante matrimonio, decedit. Stat autem, quandiu non est dissolutum: nec dissolvitur, nisi aut altero prius mortuo, aut ambobus simul. Sed utrum credendum est potius, an decessisse mulierem ante maritum, an una cum eo? Et in *L. idem*, et *L. seq.* scriptum est, neutrum alteri supervixisse. Quidam putant adversari huic loco *L. quod de pariter*, *infr. eod.* non recte, ut eo loco dicemus.

Ad L. Si ita fuerit. 10.

Ulpianus lib. 6. Disputationum.

Si ita fuerit legatum relictum, ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit: an impedietur legatum? vel, si ei, qui monumentum fecerit: et plures fecerint? vel, ei, qui maximus natu est, et duo pares ætate sint? Sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint æqua charitate coniuncti. Sed et si duobus eiusdem nominis fuerit legatum (puta, Semproniis) mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringatur, an ademptio nulla sit, quæri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni, vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri: ademptionem autem in utrumque valere.

SUMMARIA.

1. *Si testator ex duobus alteri legatum det, vel adimat, et non appareat, de quo senserit: nec legatum, neque ademptio valet.* et n. seqq.
2. *Exempla prioris partis.* et n. 3.
4. *Contraria argumenta complura afferuntur, et solvuntur.* et n. seqq.
5. *Cum testator ex duabus rebus unam legavit, nec*

nec apparet, de qua sensit, heres cogendus erit eam dare; quam ipse voluerit.
8. *In ambiguo sermone non utrunque dixit testator: sed dumtaxat quod voluit.*
9. *Decem* filio, qui nascetur, *legatis, si plures nascantur, dena singulis debentur.*
11. *In ambigua oratione id accipiendum, quo res valeat magis, quam pereat.*
12. *Iudicium P. Scipionis expenditur.*
13. *Actore non probante, reus absolvitur.*
14. *Si duobus idem nomen, aut eadem ipsa demonstratio conveniat, qua testator personam legatarii designavit: possunt de legato inter se contendere; et heres utrique satis dare cogetur.* et n. 15.
16. *De qua persona testator senserit, quomodo in re ambigua dignosci possit.*
17. *Si is, qui* Semproniis amicis *suis legaverat,* Sempronio *legatum adimat: ademptio nihil valeat.* et n. seqq.
18. *Florentina lectio in hac* Lege *improbatur.* et n. seqq.
19. *Florentini Pandectarum exemplaris auctoritas qualis, quantave sit.*
21. *Legatum dignum est favore.*
22. *Ademptio non adiuvanda interpretatione.*

HOC dicit Ulpianus de omni relicto, et ademptione idque pluribus propositis exemplis, quod de libertate solum generalius definitum est in L. *si quis de pluribus, infr. eod.*
1 † Si testator ex duobus uni aliquid leget, aut ex duobus, quibus aliquid legaverat, uni adimat, quod legavit; neque appareat, de quo testator senserit: in neutro neque legatum valet, neque ademptio. Nam et de ademptione intelligo, idem Ulpianum dicere hoc loco, quod eum de legato dicere certum est, de qua re postea suo ordine.

Exemplis autem adhibitis amplius demonstrat, quomodo fiat, ut uni ex pluribus legetur, et tamen non intelligatur, de quo testator senserit. Id autem, quantum ex his ex-
2 emplis intelligere possumus, † ita fieri potest, si testator ex pluribus leget uni, qui aliquid fecerit, ut qui Capitolium ascenderit primus: uni, qui talis sit, veluti qui sit maximus natu: uni, qui sit isto nomine, puta Titio; et ambo idem pariter fecerint, ambo tales sint, ambo eodem nomine appellentur, et in summa, si testator unum ex pluribus designat ea demonstratione, quæ ex æquo pluribus conveniat.

Nunc, ne verbosa sit disputatio, unum exemplum excutiemus, ut quod de uno dixero, idem intelligatur dictum de omnibus, atque adeo de tota definitione. Sumatur igitur id,
3 quod hic primum est. † *Ex cognatis meis ei, qui primus Capitolium ascenderit, heres meus decem dato.* Simul duo venerunt, ac legatum petunt: sed non apparet, quis prior venerit, neutri legatum debetur. Ne videatur inique hoc constitui, quasi sit contra testatoris voluntatem, qui alterutri saltem datum voluit. Necesse est enim, ut aut uni detur, aut utrique, aut neutri. Uni dare erat convenientissimum, si posset. Sed non potest, quia, quisnam is sit ex duobus, de quo testator senserit, non intelligitur. Utrique dari potest: sed testator non vult utrique dari, quem apparet uni tantum dari voluisse. Restat igitur extremum, quod in toto hoc genere hic definitur, neutri legatum deberi, quia neque dari potest, quod testator voluit: neque voluit id, quod potest.

Sed in hoc exemplo, quemadmodum et in cæteris, quæ hic proponuntur, in hoc tamen potissimum disputari potest, primum uni debere dari: si minus uni, saltem proximum esse, ut utrique detur. † Uni dari debet, 4
quia uni dari potest. Cui tandem? nempe cui heres volet, et vero unum debebit eligere, cui det, nec quia is non intelligatur, ideo legatum evanescet. Id recte defendi videtur exemplo eius legati, † cum testator rem unam 5
legavit ex duabus, neque apparet, de qua testator senserit, non enim ideo heres neutram debet: sed unam debet dare, quam elegerit, ut puta, legavit testator fundum Cornelianum, cum duos haberet fundos eiusdem nominis, heres cogetur unum dare, nempe utrum elegerit, id est minorem. *L. cum servus,* 39. §. *scio. D. de leg.* 1.

Sed inter personas quibus legatur; et res, quæ legantur, multum interest. Nam cum testator vult uni dari ex pluribus, simul vult cæteris non dari, proinde heres non eliget, cui det: ne forte eum eligat, cui testator datum noluit, arg. *L. duo sunt, supr. de test. tut.* Cum autem testator legavit rem unam ex duabus: etsi non adiecit quam, tamen semper certum est, eum cum minimum minorem dari voluisse. Sive enim de ea tantum sensit, absolutum est; sive sensit de maiore: vel hoc ipso minorem datam voluit multo magis. Igitur hæc dabitur, quia hanc saltem testator voluit.

Sed alia ratio demonstrari potest in exemplo proposito, qua certum fiat, de quo testator senserit, proinde vel hac saltem ratione uni dandum est. † Legavit ex cognatis ei, 6
qui primus Capitolium ascenderit, duo pariter ascenderunt. Nempe unum ex his prius ascendisse interpretari debemus, quemadmodum in duobus pariter decedentibus interpretan-

tamur unum prius decessisse. *L. qui duos*, §. 1 *et ult. sup.* aut cedo differentiæ rationem, cur in pariter morientibus velimus unum prius esse mortuum; in his, qui pariter ascenderunt, non interpretemur unum prius venisse. Quasi vero ratio sit obscura. Esset, cur hoc quæreretur, si in omnibus, qui pariter decesserunt, unum alteri supervixisse existimaremus. Nunc autem id solum in patre et filio; matre et filio factum creditur: in cæteris non item. Cur? quia in illis, ut supra ostendimus, iustæ sunt caussæ, et quidem in persona cuiusque, quæ intelligantur natura, propter quas unus in communi periculo citius decedat; quam alter, quæ quia eiusmodi nullæ sunt in cæteris extraneis; ideo nihil in his amplius credimus, quam probari potest. Vel horum exemplo nec nos ex iis, qui pariter ascenderunt, unum prius altero ascendisse dicemus, cum in his ex personæ conditione caussæ nullæ afferri possint, quamobrem credamus, unum prius ascendisse, quam alterum. Nam et qui minus valet viribus, prius ascendere potest, quia prius id facere aggressus est. Fieri etiam potest, ut ambo casu ascenderint. Quæ si ita sunt: nihil proponitur, cur uni ex his dari possit ex voluntate testatoris, ex quo conficitur, uni dandum non esse.

Sed videamus iam, ne, quia uni tantum dari non potest, hac ipsa de caussa dandum
7 sit utrique, quia † utrique potest, et verba utrumque admittunt, legatum est ei, qui primus ascenderit, duo pariter venerunt. Quid, si probatur horum utrumque esse primum? nonne ex verbis testatoris uterque ad legatum admittetur? at uterque eorum primus, etiam si sit solus: quia horum altero nemo prius ascendit. Idque de iis, qui pariter decesserunt, ita diserte scriptum est in *L. qui duos*, 1. *res. supr.* Quinimo hoc amplius illic additum est, si testator de primo, aut supremo eorum aliquid scripserit, si pariter decedant, ambos non solum verbis, sed etiam testatoris sententia comprehendi.

Etsi de hoc iam ante eo loco respondit: tamen hic quoque dicam hoc idem explicatius. Utrumque ex iis qui pariter ascenderunt, primum dici uno sensu concedo. Sed, si *primi* verbum ambiguum est, et alio sensu neuter eorum est primus: non debent ad legatum admitti, si hoc posterius testator intellexerit:
8 propterea quod † in ambiguo sermone non utrumque dixit testator, sed dumtaxat quod voluit. *L.* 3. *supr. eo.* Iam vero verbum *primi* ambiguum est, vereque dixeris utrumque istum, qui pariter ascendit, primum esse, et primum non esse. Si ambo simul conferantur cum iis, qui non ascenderunt, aut ascenderunt postea: sunt primi, quia istos antecedunt, sin singuli inter se conferantur: neuter eorum est primus, quoniam is primus est, qui ascendit ante alium: non ascendit autem ante alium is, cum quo alius simul ascendit; de uno vero sensit testator, qui primus ascendisset, non de duobus, duobus enim datum noluit: atque hoc sensu neuter eorum est primus, quo fit, ut neuter eorum vel ex verbis testatoris admittatur. In specie Triphonini, quam modo ex *L. qui duos*, *supr.* obiecimus, uterque ex impuberibus, qui pariter decesserunt, non solum verbo est novissimus eo sensu, quo dicitur novissimus, quem nemo cum eo collatus sequitur, sed etiam testatoris sententia: substitutum enim amborum hereditatem habere testator voluit; non mirum igitur si, commutata ratione, verbis substitutionis contineantur. Sic verborum significatio utrobique eadem: sed voluntas testatoris varia rem dissimilem facit.

Imo ex duobus pariter ascendentibus non tantum verbo uterque primus est: sed etiam videtur probari posse, de utroque sensisse testatorem: denique omnibus, quotquot ascenderint, esse dandum. Nam † si testator leget 9
decem ei filio, qui sibi nascetur: pluribus natis, placet, non solum singulis legatum esse: sed etiam singulis dena deberi, etiam *si filio* tantum singulari numero testator legaverit. *L. qui filiabus*, 17. §. 1. *supr. de leg.* 1.

Sed quam hoc dissimile est ab eo, de quo nunc agitur? Nam, pluribus natis, nihil hic ambigue scriptum est; omnes enim vere, et proprie filii sunt, nec obstat, quod testator *filio* legavit, non *filiis*; nam quotcunque erunt, recte de unoquoque dixeris, hic filius est, et ille filius, et iste filius; da igitur singulis, quod filio dare iussus es. Pluribus autem Capitolium pariter ascendentibus, si inter se conferuntur: proprie neuter eorum est primus. Adde, quod effectus, et caritas patris æqua in liberos hanc sententiam suggerit, ut quod *filio* unius numero legavit, omnibus legasse intelligatur, neque id præter usum loquendi *L. in usu*, *D. de verb. sig.* Quod non idem dici potest, cum testator uni extraneo legavit, qui quid fecisset, et plures fecerunt; non enim, si uni datum voluit, idcirco omnibus, qui idem fecissent, datum voluit.

Sed, si superiores rationes non sunt satis: saltem hæc postrema fortassis, quæ et voluntatem testatoris indicat, vincere debet, utrique dandum esse. Nam † si volumus uni tan- 10
tum dari: legatum non valet, quia non apparet, quem hunc esse velimus; si utrique dandum interpretamur: fit, ut legatum valeat, quia utrique dari potest. Hoc posterius ita-

itaque sumendum, quoniam ita præcipitur,
11 † in ambigua oratione id accipiendum esse,
quo res de qua agitur, valeat potius, quam
pereat *L. quoties in actionibus*, *infr. eod.*

Sed apparet, de ambigua oratione et voluntate testatoris id dictum esse. Nunc autem nihil hic ambigue, aut obscure scriptum est de pluribus; apparet enim, testatorem uni datum voluisse, non pluribus; quod quoniam ad sententiam, de qua hic dicimus, ex voluntate testatoris tuendam, et ad superiora omnia pertinet; etsi per se satis verbis ostenditur: breviter tamen demostrandum est, ne quis et hic in numero singulari non absurde numerum pluralem intelligi defendat. Id ergo sic colligitur. Si, duobus pariter Capitolium ascendentibus, ambobus dandum est: consequens est, aut singulis dari debere tantum quinque ex decem legatis: aut ambobus dena, idest viginti; utrumque voluntati testatoris adversatur. Nam uni decem dari voluit, non quinque tantum. Rursum decem tantum semel, non viginti. Igitur uni tantum datum voluit. Quare, si neque uni dari potest natura, neque utrique testator dari patitur, ut ostendi: conficitur, quod initio posui, neutri legatum deberi.

Ex quo quid de promissione Pub. Scipionis, de qua apud Livium scriptum est *decadis*
12 3. *lib.* 6. iudicandum sit, statui potest. † Capta
nova Carthagine in Hispania, Scipio, cum virtutem militum, qui muros conscendissent, remunerari vellet, pro concione dixit, præcipuum muralis coronæ decus eius esse, qui primus murum ascendisset. Duo professi sunt se ascendisse, nec satis constare poterat, uter eorum primus, quod pariter ascendissent. Livius scribit, Scipionem ambos muralibus coronis virtutis caussa donasse; sed addidit, id eo fecisse Scipionem, ut seditionem compesceret, ad quam res spectare videbatur propter studia partium erga suos commilitones, si unum alteri prætulisset, aut dedisset neutri. Ergo ideo dedit Scipio, quia voluit, et id ita fieri expedire iudicabat. Nos vero de invito quærimus, eoque qui dare nollet, si iure non cogeretur. Nam, quod ad Scipionem attinet, apparet ex eo, quod hic traditur, tum etiam ex his, quæ in ea re disputavimus, duobus pariter murum ascendentibus, si neuter ostenderet se primum ascendisse, neutri quidquam illum debuisse. Diceret enim Scipio illis coronam petentibus: coronam dare promisi, non coronas: et uni, qui primus ascendisset, non pluribus. Non igitur utrique vestrum debeo; uni debeo: et uni dare sum paratus, si modo probet, se primum conscendisse. Id si probari non potest: neuter admittetur, non quia petentem fortasse ius deficiat, sed quia probatio. *L. duo sunt*, *supr. de test. tut.* sit au-
tem iuris certi, † actore non probante reum 13
absolvi. *L. qui accusare*, *C. de ed.* Cui sententiæ tantum abest, ut adversetur factum Scipionis, ut maxime eam confirmet, cum privatim declararit, non se ideo ambobus dedisse, quia deberet: sed quia rem dissimulare pro tempore utile esse iudicaret.

Sed meminerimus totum hoc, † neutri le- 14
gatum deberi, ita dictum esse, si non probari posset, uter primus ascendisset; aut, cum maximum natu, vel Sempronium testator nominavit, de utro sensisset. Cæterum ei, qui probaverit, de se sensisse testatorem, legatum deberi constat. *L. falsa*, §. 1. *infr. de cond. et demo.* Quæ res facit, ut si duo eiusdem nominis, aut in quos pariter defuncti demonstratio cadit, de legato contendant, hi recte petant legatum; L. 8. §. *si inter. de leg.* 2.
et præterea † dum de re quæritur, utrisque 15
heres satisdare debeat propter incertum eventum. L. *si duo*, *infr. ut leg. seu fid. no.* Quod tamen non eo usque valebit, ut, si neuter de se probet, satisdatio hæc, et petitio heredi noceat.

De sententia testatoris † probari potest in 16
his exemplis: si proponamus, testatorem legavisse ex cognatis suis ei, qui esset maximus natu, aut Sempronio amico cum duo essent Sempronii amici. Potest enim sciri, quem testator existimaverit esse maximum natu; fieri etiam potest, ut in priore parte testamenti de certo Sempronio scripserit, ac deinde subiiciat ita, *Sempronio amico meo decem dari volo*, utrum horum probaverit legatarius de opinione et consuetudine patrisf. deque præcedente scriptura, ad coniecturam voluntatis est satis. *L. si servus plurium.* 50. §. *ult. supr. de leg.* 1.

Hæc de legato, videamus, de ademptione quale sit, quod initio posuimus.

Ademptionem autem in utrumque valere.) Exemplum tale proponitur in illis verbis,
aut si duobus eiusdem nominis. † Qui duos 17
amicos habebat nomine Sempronios, testamento his ita legavit, *Semproniis amicis meis fundum do lego*: aut ita, *Semproniis amicis meis singulis decem dari volo*; deinde ita scripsit, *quod Sempronio hoc testamento dedi*, *datum nolo*; his enim verbis, et similibus legata adimuntur. *Tit. inst. de adem. leg.* Quæritur hic idem, quod supra, an alteri legatum ademptum sit, an utrique, an neutri.

De hac re hoc loco † in Pandectis Flo- 18
rentinis scriptum est his verbis, *ademptionem autem in utrumque valere.* In quibus-

dam

dam aliis codicibus scriptum est ita, *ademptione autem in utrumque valere*: hoc sensu, legata et libertates per ademptionem in utrumque Semproninm valere. Illa scriptura declarat legatum in proposita specie utrique Sempronio ademptum: hæc posterior neutri; utrum sequimur? Pandectarum Florentina-
19 rum auctoritatem, si liceret. Sed † hactenus fides his habenda est propter vetustatem, quoad alii certi loci, et vera ratio
20 non refragatur. Nunc autem † hæc sententia, ademptionem in utroque Sempronio hic valere, seu utrique Sempronio ademptum esse legatum, manifeste et aliis locis clare scriptis, et certa ratione, et quod in primis animadvertendum est, contextu hujus loci convincitur. Primum in *L.* 3. §. *si duobus*, *supr. de ad. leg.* scriptum est disertis verbis in hac ipsa quæstione, utrique Sempronio nihilominus legatum deberi; et hoc expendendum, a quo illud scriptum sit. Nempe idem est auctor Ulpianus, qui et hoc loco. Si alius id scripsisset, putaremus illum ab Ulpiano dissensisse. Nunc, cum idem sit utroque in loco Ulpianus, an credimus, eum aut oblitum sui, aut potius incertum, quid de ea re tenendum esset, pugnantia de eadem hypothesi scripsisse? Sed si de eo dubitaremus: tamen vera ratio hanc sententiam nobis extorqueret: qua et ipsa Ulpianus in *d. si duobus* hanc eandem confirmavit. Si uni ex duobus legatum sit, et in dando non appareat, cui datum sit: dicimus, neutri legatum, inquit. Isto modo si duobus Titiis separatim legaverit testator, et uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit,
21 utrique legatum debetur. Optime; nam † legatum, quia liberalitatis est et beneficen-
22 tiæ, dignum est favore. † Ademptio, quia contraria liberalitati, non est adiuvanda interpretatione. L. *cum quidam*, *D. de lib. et post.* Quod si legatum non valet tamen: quanto minus in eadem re ademptio valebit?

Quid, quod, si utrique legatum adimitur, facimus aperte contra voluntatem testatoris? Nam is *Sempronio* cum dixit, declaravit, se uni ademptum velle, non duobus, nisi forte is, qui legavit *Sempronio*, duobus legare, non uni intelligitur.

Postremo, ut deessent cætera, vel contextus ipse satis nos admonet legendum esse hoc modo, *ademptione autem in utrumque valere*. Nam, cum Ulpianus proposuit quæstionem de legato, ita quæsivit, an legatum in utriusque persona infringatur, idest impediatur, et ad extremum respondet legatum impediri: nimirum convenienter ad quæstionem. Rursum, cum quæsivit de ademptione, eodem modo quæsivit, ut de legato, an ademptio nulla sit, non an ademptio valeat. Consentaneum est igitur, eum convenienter quæstioni responderet, ut responderat de legato, nempe ademptionem nullam esse, id quod quæsierat. Sic ergo restituetur locus, et verius est, in his omnibus etiam legata, et libertates impediri: ademptione autem in utrumque valere. Estque hic sensus: etiam legata et libertates, res videlicet favorabiles, cum supremo iudicio relinquantur: tamen in hac specie impediri, nedum ea, quæ promissa sunt ei, qui primus, Capitolium ascenderit, ademptione autem, idest per ademptionem in utrumque valere, intellige, legata et libertates, ut hæc tantum absit, ut neutri debeantur post ademptionem: ut potius per ademptionem magis valeant, quia qui legatum nulli adimit, hoc ipso magis confimet.

Ad §.

Ad §. ult.

Plane si ita ancilla libertatem acceperit, *si primum marem peperit*, *libera esto*, et hæc uno utero marem, et fœminam peperisset: si quidem certum est, quid prius dedisset, non debet de ipsius statu ambigi, utrum libera sit, necne: sed nec filiæ, nam si postea edita est, erit ingenua, sin autem hoc incertum est, nec potest per subtilitatem iudicialem manifestari: in ambiguis rebus humaniorem sequi sententiam oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eius ingenuitatem, quasi per præsumptionem priore masculo edito.

S U M M A R I A.

1. *Ancilla, cui libertas data*, si primum marem pepererit, *libera erit, si uno partu marem, et fœminam ediderit, et quare*. et n. seqq.
2. *Particula*, plane, *servit exceptioni*.
3. *In ambiguis humaniorem sententiam sequi oportet*. et n. 7.
4. *Humanum favere libertati*. et n. 6.

Dixit, si ei legatum sit, qui primus Capitolium ascendisset, duobus pariter ascendentibus, si non appareat, quis primus ascenderit: neutri legatum deberi. In quo uni legatum est sub conditione, si primus ascenderit: quam conditionem deficere ait, si duo pariter venerint. Huic speciei simi-
1 lis est illa, † si cui ancillæ libertas detur sub hac conditione, *si primum marem pepererit*, idest si quis ex ea masculus primum in lucem venerit; et duo pariter, masculus, et fœmina, uno utero in lucem edantur. Itaque par erat et conveniens superioribus existimari, conditionem et hic defecisse, eoque et matrem non esse liberam. Id ne fiat, Ulpianus ex omnibus superioribus hunc casum excipit. Idque est, quod ait, *plane si ita ancilla*, et cætera. Nam
2 † hæc particula, *plane*, exceptioni servit. §. *si quis alii*, et §. *plane*, *Inst. de inu. stip. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de ver. ob.* Ait ergo, si mulier uno utero marem et fœminam pariter peperisset; nec constaret, utrum prius: videri exstitisse conditionem, quasi per præsumptionem priore masculo edito.

Sed cur hoc præsumimus? Ipse Ulpianus hanc rationem reddere videtur hoc loco, quod
3 † in ambiguis humaniorem sententiam sequi
4 oporteat, hoc enim sentit, † humanum esse faveri libertati, et ideo hanc sententiam, quæ libertati faveat, sequendam esse, cui congruit regula iuris, in obscura voluntate manumittentis favendum esse libertati. *L. in obscura*, *D. de reg. iur.*

Sed videndum est, ne non hæc ratio sit satis, nisi prius ostenderimus, caussam esse in re ipsa et natura positam, cur masculus prius nascatur, quam fœmina. Alioqui multa ex hoc titulo obstabunt. Cur enim cum duo extranei pariter eodem in loco obierunt, non præsumimus alterum alteri supervixisse, etiam si humanum sit, id tum existimari, cum is qui uxori quid legavit, cum uxore simul periit; aut cum is, qui impuberi fratri substitutus erat, simul cum fratre decessit, quo utrobique voluntas defuncti servetur, et illa legatum, hic impuberis fratris habeat hereditatem, ut in *L. idem est*, *L. sed et illo*, *infr. eodem*? quia scilicet nulla caussa est in natura, quæ faciat, ut alter altero citius decedere debeat: ut supra diximus *ad L. qui duos*, §. 1. Cur paulo ante in hoc ipso responso, si duo pariter Capitolium ascenderunt, neuter præsumitur prius ascendisse, etiam si humanum est id existimari, ut voluntas testatoris exitum habeat? quia ne tum quidem ulla caussa est in natura rei, aut in conditione personarum, quæ faciat, ut alter altero prius ascendat, ne hic quidem, si nulla est ratio, cur prius masculus nascatur, quam fœmina, masculum prius editum credere debemus. Denique si præsumptio est, illum prius editum, huius præsumptionis caussam in facto ipso positam esse oportet. Hic enim, cum de facto agatur, prius quid factum sit, quam utrum æquum sit de eo facto aliquid statui, quærendum est. Itaque † assentior veteribus qui- 5
busdam, quos Bartolus reprehendit, qui hanc rationem præsumptionis reddiderunt, quod masculus sit robustior. Melius physici. Tradunt enim, masculum citius perfici in utero, quam fœminam, maiorem esse calorem in illo, quam in fœmina: ut quo maior calor est masculi, eo in utero moveatur impe-

petu maiore, hinc fieri, ut ipse facilius, perruptis panniculis, citius quoque sibi viam faciat.

Sed aliter tamen natura usu venire potest. Fieri enim potest, ut sint in masculo vitia quædam interiora, quæ vim eius debilitent. Fieri potest etiam, ut multo post fœminam conceptam masculus sit conceptus ex superfœtatione. Itaque non est hæc adeo certa præsumptio, et quæ superioribus rationibus non possit infirmari, si sola sit.
6 Sed adde hanc rationem, † humanum esse eam sententiam sequi, quæ libertatem tribuit: † in ambiguis rebus humaniorem sen- 7
tentiam sequi oportere: tum ius minime dubium effeceris, masculum hic prius editum existimari debere. Hoc est, cur Ulpianus hoc loco non contentus ea ratione, quam modo dixi, præsumptionis etiam postea meminit: et rursus præsumptione nisus non semper usque adeo certa, hanc ipsam æquitatis ratione confirmavit innuens, alterum sine altero in hac caussa non esse satis.

Ad L. Quoties libertis 12.

Iulianus libro 36. Digestorum.

Quoties libertis ususfructus legatur, et ei, qui novissimus supervixerit, proprietas: utile est legatum. Existimo enim omnibus libertis proprietatem sub hac conditione, si novissimus supervixerit, dari.

S U M M A R I A.

1. *Olim incertis personis legari non poterat.*
2. *Ubi ex libertis ei legatur, qui novissimus supervixerit, certæ personæ videtur legari, et quare.*

QUI legat ex pluribus certis personis, puta libertis, *ei, qui novissimus supervixerit*, prima facie incertæ personæ legat. Hinc olim ambigendi caussa, utrum legatum valeret, necne, propter regulam iu-
1 ris, quæ efficiebat † incertæ personæ legari non posse, §. *incertis. Inst. de leg.* Iu-
2 lianus ostendit † in hac specie certæ personæ legari, idcirco non esse metuendum, non ne legatum valeat. Certum est enim legari certæ personæ, quoties ex pluribus libertis testator unicuique sigillatim legat unumquemque nominatim appellando, et legat sub conditione, *si is novissimus supervixerit.* Hoc autem et tum fieri ostendit, cum ex libertis legatur ei, qui novissimus supervixerit: quoniam utrumque idem valeat, vide, quæ de hac quæstione tota scripsi ad *L. quidam, supr. eo.*

Ad L.

Ad L. Quoties in actionibus 12.

Idem libro 1. Digestorum.

Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat.

SUMMARIA.

1. Actio *pro intentione actoris.*
2. *Si quis ambigua intentione, aut exceptione usus fuerit: id accipiendum, quod ei utilius est*, et n. seqq.
3. *Reus in exceptione actor est.*
5. *Ambigua stipulatio interpretanda contra stipulatorem.*
7. *Et in iudiciis, et in legibus, et in beneficiis Principum, et in testamentis, et in contractibus ea semper ambiguæ orationis interpretatio capienda, qua res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat*, et n. seqq.
10. *Beneficium natis ex. gr. Pontica matre concessum pertinet non modo ad filios vulgo quæsitos, sed etiam ad legitimos.*
11. *Filii iustis nuptiis procreati, sequuntur conditionem patris.*
14. *Qui uxori suæ legavit quæ vivus donaverat, de irritis donationibus sensisse creditur.*
15. *Si pars fundi legetur ei, qui partem habebat: intelligitur legata quæ legatarii non erat.*
16. *Spectanda in legibus æquitas.*
17. *Beneficia Principis, ac testamenta plenius interpretamur.*
19. Calendas *in stipulatione proximas intelligimus.*
20. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed quod volumus dumtaxat.*
21. *In ambigua intentione spectandum, quid actor non quid reus senserit. In ambigua vero stipulatione, si de alia re stipulator sentiat de alia promissor: nihil agitur*, et n. seqq.
22. *Stipulatio inter consentientes peragitur: iudicium redditur in invitum*, et n. 24.

1 Actionem † hic vocat Iulianus intentionem actoris. Id enim hoc loco de actione expressit, quod regula iuris traditur his
2 verbis: † *Ambigua intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit.* L. in contrahenda, §. ult. D. de reg. iur. *Rem, de qua agitur*, intelligit intentionem, et exceptionem, in quibus ambigua oratio est. Intentio sic perit, si actor in verbo ambiguo, quo usus est, dicat se de una re sensisse, reus se sensisse de alia, et reo potius credatur, sic enim fit, ut absolvatur reus. Contra valet intentio, et salva est, cum id accipimus, de quo actor se sensisse dicit. Fit enim hoc modo, ut, si probet, quod intendit, reus condemnetur. Hoc ergo sumendum esse hæc regula significat, ut plane hac regula nihil exprimatur aliud, quam quod traditum est apertius in *L. si quis intentione, supr. de iud.* si quis intentione ambigua, vel oratione usus sit: id, quod utilius ei est, accipiendum esse. *Ei* cum dicit, actorem indicat, cuius est intentio, quem rursum cum dicimus, reum quoque intelligimus in
3 exceptione, quoniam † reus in excipiendo actor est. *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus. D. de probation.*

4 Nunc utriusque exempla apponam. † Intentionis ambiguæ hoc est. Actor Stichum a possessore vindicans intendit, Stichum, qui apud eum est, suum esse. Possessor, cum duos servos apud se haberet eiusdem nominis, negat Stichum actoris esse; et ita iudicium inter eos constituitur. Actor probat, unum ex illis Stichis suum esse, quo cognito, dicit possessor, se de alio Sticho, quem haberet, sensisse, qui re vera non est actoris. Si in stipulatione res ageretur: † ambiguitatem stipulationis 5
contra stipulatorem interpretaremur. *L. cum quæritur, infr. eo.* Nunc vero dicimus accipiendum esse, quod actori utile est, id est id, quo accepto, intentio eius valeat: quæ res facit, ut, si probaverit, unum ex Stichis suum esse reum damnari oporteat; quasi de eo vere actum sit, quamvis reo dissentiente.

Exceptionis ambiguæ † sit exemplum huiusmodi. Is, cuius tutela administrata erat, 6
maior factus cum tutore suo de tutela transegit, et pactus est, se nihil amplius eo nomine ab eo petiturum. Eo mortuo, heres eius cum tutore tutelæ agit. Tutor pacti exceptione se tuetur, *at nisi defunctus pactus sit, se nihil amplius a me petiturum*, nec adiecit, *tutelæ nomine*, actor ullum huiusmodi cum reo interpositum pactum esse negat. Deinde profertur instrumentum eius transactionis, quo continetur, defunctum cavisse, nihil se amplius tutelæ nomine petiturum. Actor se generale pactum accepisse dicit, ut ver-

verba etiam aperte significant, cuius generis
pactum nullum profertur; reus exceptionem
sic se accepisse dicit, quasi hoc ipsum pactus
esset defunctus, se nihil tutelæ nomine peti-
turum: ut verba generalia ad id dumtaxat,
de quo agitur, referantur arg. *L. qui cum
tutoribus*, *D. de trans.* Dicimus, hoc ipsum
esse accipiendum, quia reo utile.

Additur hic, *in actionibus*, *aut exceptio-
nibus.* Sed ne nos hæc verba decipiant, præ-
7 cipiendum hoc est, † in omni sermone, omni-
que scripto ambiguo ad interpretationem vo-
luntatis eandem regulam servandam esse, quæ
hic in iudiciis traditur, recteque ita genera-
liter definiri: quoties ambigua aliqua oratio
est, idest duas sententias significans, quarum
altera efficitur, ut id, de quo agitur, sit
inutile; altera contra, ut valeat: semper eam
accipiendam esse, quæ facit, ut res valeat,
ut salva sit, ut sit in tuto. Tot enim modis
veteres eandem rem exprimunt. De eo ne quis
dubitet, recte fecerimus, si ostenderimus, in
omnibus caussis ius ita se habere.

8 Ergo † hac regula in legibus utimur; hoc
enim est, quod dicitur, in ambigua voce le-
gis eam potius accipiendam esse significatio-
nem, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de
legib.* Id enim scriptum facit, ut res non va-
leat, quod est vitiosum. Exemplum habes in
L. uxores, *D. de iis*, *qui not. inf.*

9 Valet hæc eadem † in beneficiis Principum
10 ambigue, nec satis aperte scriptis: ut † in
hoc beneficio Ponticis mulieribus tributo, *qui
Pontica matre natus erit*, *is Ponticus sit*,
non liberos intelligimus tantum vulgo con-
ceptos, sed præcipue eos, qui nati sunt ex
iustis nuptiis, *L.* 1. *D. ad munic.* etsi ita
11 ius commune est, ut, † cum legitimæ nuptiæ
sunt, filii patris conditionem sequantur. *L. cum
legitimæ*, *D. de stat. hom.* Cur contra ius
publicum sic accipimus? Quia, si vulgo con-
ceptos intelligeret Princeps: nihil de iis cave-
ri debuerit, inquit Ulpianus in *d. L.* 1. *ad
mu.* idest id cautum sit supervacuum et inu-
12 tile, cum † vulgo concepti satis matris con-
ditionem sequantur iure publico sine ullo be-
neficio. *d. L. cum legitima. L. lex naturæ*,
D. de stat. hom.

13 Hac eadem † utimur in testamentis. Proin-
14 de † si quis uxori suæ ea, quæ vivus dona-
verat, leget: secundum propriam verborum
significationem hoc dicere intelligitur, quæ vi-
vus iure donavi, puta ante contractas nuptias,
nam quæ inutiliter donata sunt, idest, constan-
te matrimonio, pro non donatis habenda sunt.
arg. *L. quoties*, *D. qui sat. cog.* Contra Afri-
canus non de aliis donationibus testatorem vi-
deri sentire ait, quam de iis, quæ iure va-
lituræ non sunt, cur? quia alioqui, inquiunt,
frustra et inutiliter legaturus sit ea, quæ iu-
re donavisset. *L. si quando*, 109. *D. de leg.*
1. Eodem modo et † si ei, qui partem in 15
aliquo fundo habet, testator leget infinite par-
tem eius fundi: intelligitur eam legavisse,
quæ legatarii non fuit: solum ob id, quod
alioqui nullum emolumentum legati futurum
esset. *L. Mævius*, 66. *supr. de L.* 2.

Sed minus mirum est hoc servari in legi-
bus, et beneficiis principum, et testamentis:
propterea quod † in legibus semper æquitas 16
spectanda est. *L. in omnibus quidem*, *D. de
reg. iur.* † beneficia autem principis, et testa- 17
menta plenius ubique interpretamur. *L.* 3. *D.
de const. L. in testamentis*, *D. de reg. iur.*
Illud mirum si fortasse, eandem regulam ad-
hiberi in contractibus, quos non item plene
et liberaliter interpretamur, ut superiora. Sed,
ut intelligere liceat quod initio dixi, eam ad
omnem sermonem, quo quid agitur, pertine-
re: † hac ipsa non minus utimur in contracti- 18
bus, quam in cæteris caussis omnibus. Nam
de stipulatione ipsa nominatim tradita est in
L. ubi, *infr. eo. et L. quoties*, *D. de verb.
obl.* Cuius rei exemplum habemus in ea sti-
pulatione, cum stipulor Calendis, in qua † 19
intelligimus proximas pro commodo meo, quia
aliter interpretantibus stipulatio inutilis futu-
ra sit. *L. eum*, *qui Calendis. D. de verb. ob.*

Unde ergo hæc præceptio sumpta in inter-
pretatione ambiguæ orationis? Nempe ex eo,
quod † in ambiguis non utrumque dicimus, 20
quod verbum exprimit, sed solum quod vo-
lumus. *L.* 3. *supr. eod.* ut proinde in his una
hæc res sequenda sit, loquentis nimirum; aut,
si inter plures res agatur, eorum, qui agunt
quid, sententia. *L. in ambiguis*, *D. de reg.
iur.* Hanc porro sententiam et voluntatem es-
se cuiusque in omni negotio reperietur, non
ut nihil agi velint, sed ut aliquid. Nam, si
nihil agi vellent, poterant facillime id conse-
qui tacendo: hoc igitur volunt, ut res, de
qua agitur, valeat. Itaque hoc ipsum seque-
mur, quia volunt. Hanc enim legem esse diximus
in ambiguo sermone, ut quod quisque
senserit, id solum dixisse videatur.

Solum † inter iudicium, et superiora hoc 21
interest, quod in cæteris, ubi res agitur in-
ter duos, ut in contractibus, hoc sequimur,
quod uterque senserit. In iudicio solum id,
quod sensit actor. Quid reus senserit, negli-
gimus, cur ita? quia nihil necesse est ipsum 22
consentire, cum † iudicium in eum etiam in-
vitum reddatur. *L. inter*, §. 1. *D. de verb.
ob.* Nec vero fit dissentienti iniuria, cum, si
eam debeat, de qua actor probavit, nihil ha-
beat, quod queratur, si condemnatur. Si de

ea non satis intellexit: culpa eius est, quod actorem non interrogavit, de qua sentiret.

Nunc ad id, quod propositum est, redeo: etsi hic additum est, *in actionibus*, *vel in exceptionibus*, nihilominus eandem regulam ad omnes caussas, ad omnem ambiguam orationem pertinere, et cur in omnibus adhibeatur, optime rationem constare. Quod cum
23 ita sit, id † quæro, cur hic adiectum sit, *in actionibus*, *vel exceptionibus*, cum dici debuerit, *in omni oratione*, *in omni negotio*? Puto id esse caussæ, quod in iudiciis sine exceptione id videbatur dici posse: in cæteris negotiis non item. Nam in iudiciis sequimur id, quod valet, et prodest actori, scilicet sine exceptione, idest, sive dubium sit, an reus de alia re senserit: sive etiam certum sit, eum de alia re sensisse. Contra in contractibus tandiu id sequimur, quod efficit, ut res valeat, quandiu non constat, de alia, atque alia re sensisse contrahentes. Ubi autem reus probarit se de alia re sensisse, quam de qua se sensisse stipulator dicit: non hic in verbo ambiguo id accipictur, quod efficiat, ut quid debeatur: sed plane nihil actum est,
quippe † stipulatio non nisi ex consensu va- 24
let: iudicium, ut dixi, redditur in invitum. *L. inter*, §. 1. L. *continuus*, §. 1. *D. de verb. obl.* Idemque valet in testamentis, si constet, quid testator senserit.

Ad L. Si is. 13.

Idem lib. singulari de Ambiguitatibus.

Si is, qui ducenta deposuit, ita leget: *Seio cum ducentis, quæ apud eum deposui*, *trecenta lego*: singulæ summæ separatæ quidem certam habent demonstrationem, coniunctione vero tali incidunt in ambiguitatem: sed dicendum est, non trecenta, sed quingenta deberi: quia duæ summæ iunguntur.

SUMMARIA.

1. *Verba*, cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego, *significant trecenta supra ducenta*, et n. seqq.
2. *Particula*, cum, *significat non immixtionem*, *sed coniunctionem.*
3. *A verborum significatione non recedendum*, *nisi testatoris voluntas aperte cogat.*

1 QUI ducenta deposuerat, ita legavit: † *Seio cum ducentis*, *quæ apud eum deposui*, *trecenta lego*. Ait Iulianus, singulas summas separatas quidem certam habere demonstrationem: coniunctione vero tali incidere in ambiguitatem. At quam? ambiguitas hæc est. Nam hæc verba, *trecenta cum ducentis*, possunt sic intelligi, *trecenta una cum aliis ducentis*, ut si, *trecenta*, *et ducenta*, possunt etiam intelligi hoc modo: *trecenta cum ducentis*, idest *trecenta*, *computatis*, *et connumeratis ducentis*, *quæ apud eum deposui*. Nam et in quotidiano sermone fere qui ita loquuntur, *sunt adhuc domi sex penes cum hoc*, *quem vides*, hoc sentiunt, non septem esse, idest, sex et unum: sed sex esse, computato videlicet eo, quem demonstrant. *Sed dicendum est*, *non trecenta deberi*, inquit,
quia duæ summæ iunguntur. Significat, † 2
particulam, *cum*, non significare immixtionem unius rei cum alia, sed coniunctionem, itaque in hoc legato trecenta coniungi cum ducentis, non misceri, ut scilicet efficiantur quingenta. Ergo Iulianus solvit ambiguitatem
proprietate verbi, quo declarat, † nunquam 3
a significatione verborum recedendum esse, ubi voluntas testatoris aperte non refragetur *L. non aliter*, *supr. de leg.* 3.

Ad §.

Ad §. Si quis ita.

Si quis ita leget, *Fundum Seianum heres meus Attio cum Dione Mævii servo dato.* Dubitatur quidem, Dioni quoque fundus legatus sit, an Dio cum fundo legatus sit. Sed magis dicendum est, non solum fundum, sed etiam servum Dionem esse legatum: maxime si nullas iustas caussas habuit Dioni legandi.

S U M M A R I A.

1. *Si testator legaverit* fundum Seianum Attio cum Dione Mævii servo, *quomodo interpretandum.* et n. seqq.
2. *In ambigua testatoris oratione id sequimur: quod credibile est fuisse cogitatum.*
4. *Mens, et sententia testatoris unde colligi possit.* et n. seqq.
8. *Legata ob meritum dari solent.*

1 Legat quis hoc modo: † *fundum Seianum heres meus. Attio cum Dione Mævii servo dato.* In hac specie legati ambiguitatem parit collocatio dubia partium orationis. Nam hæc verba, *cum Dione*, incertum est, quo referri debeant: an coniungi cum verbo, *Attio*: an coniungi cum verbo, *fundum.* Atqui utrum dicatur, multum interest. Qui enim dicit, *Attio cum Dione dato*, hoc exprimit, *Attio et Dioni dato.* Qui fundum cum Dione, hoc dicit, *fundum et Dionem Attio dato.* In quo explicando nihil adiuvare nos potest orationis proprietas. Nam utrumque recte dicitur, salva ratione recti sermonis. Mens igitur testatoris consulenda est, et
2 † interpretandum, id dictum esse, quod credibile est esse cogitatum. *L. cum in testa-*
3 *mento, infr. eod.* Secundum hoc † Iulianus respondet, orationem hanc sic esse accipiendam, ut fundus et Dio Attio legatus sit: non ut quidquam legatum sit Dioni.

Sed unde hoc colligitur sensisse testatorem?
4 † Ex honore, quem testator Attio habitum voluit. Apparet enim, eum voluisse legare Attio: non item certum est, eum voluisse legare Dioni; ideo † legatum, quod esse constat, 5
plenius interpretari debemus iuxta regulam iuris *L. in testamentis. D. de reg. iur.* Proinde interpretabimur, fundum totum Attio datum esse: ex eo fundo nihil esse datum Dioni: quo constituto, relinquitur, ut testator Attio fundum et Dionem legasse intelligatur. Alterutrum enim necesse est, ut aut Dioni legaverit, aut Dionem. Effectum est Dioni nihil legatum, ex quo relinquitur legatum esse Dionem.

Sed hoc tum † multo certius dicetur, in- 6
quit Iulianus, si testator nullas iustas caussas habuit Dioni legandi, vel quod dominum eius non nosset, vel quod non esset ei amicus, vel quod non esset ille de testatore bene meritus. Et recte. Quoties enim dubitabitur, ex duobus utrum illi, an illi testator legaverit:
† vere dicturi sumus, non videri testatorem 7
ei legasse, cui legandi caussam non habuit,
quoniam † legata ob meritum conferri solent. 8
L. nec adiecit, D. pro soc.

Ad §.

Ad §. Cum ita.

Cum ita stipulationem concipimus, si hominem, aut fundum non dederis, centum dare spondes? utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur: idest, sive alterum sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. Idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur: *Si quid eorum factum non erit: veluti Stichum, et Damam et Erotem sisti: Si quis eorum non steterit, decem dari?* necesse est enim omnes sistere; ut stipulationi satisfiat. Vel, ut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam. *Si Stichum, et Damam, et Erotem non stiteris, decem dari?* neque enim dubitamus quin æque omnes sisti oporteat.

SUMMARIA.

1. *Hæc conditio*, si fundum, aut hominem non dederis, *significat*, *utrumque dandum esse*. et n. seqq.

TRactat Iulianus hoc loco, neque hoc §. tantum, sed etiam sequentibus idem
1 agit usque ad finem capitis, † quam vim habeat in stipulatione pœnali, et in institutione hæc conditio disiunctive et negative concepta, *si fundum, aut hominem non dederis: si illud, aut illud factum non erit.* Est autem de hoc genere stipulationis hæc dubitatio, utrum ex ea satis sit unum fecisse, ut stipulatio non committatur: an vero necesse sit utrumque.

Utraque pars suas habet defensiones. Dixeris recte, ut videtur, alterum tantum esse faciendum, quoniam, si dixerimus, utrumque: nihil interesse inter hanc stipulationem, *si neque hoc, neque illud feceris, centum dabis?* (ex qua, utrumque faciendum esse convenit hac *L. §. ult.*) et illam, *si hoc, aut illud non feceris, centum dabis?* quod dictu absurdum videtur, habet enim una stipulatio orationem coniunctivam, altera disiunctivam, inter quas orationes plurimum interest.

Rursum recte defenditur, utrumque esse faciendum, quia utrum eorum non feceris, verum erit, hoc aut illud factum non esse, quæ conditio erat stipulationis, qua exsistente, necesse est committi stipulationem.

De hac re hoc §. summa hæc est Iuliani
2 sententiæ: † ex hac stipulatione utrumque esse faciendum, non alterum dumtaxat, uno namque non facto, stipulationem committi, quemadmodum constat, utrumque esse faciendum ex hac stipulatione, *Stichum, et Damam sistes? si quid eorum factum non erit, decem dabis?* aut, ut propius accedamus, inquit, quemadmodum constat, omnia esse facienda ex hac stipulatione, *si Stichum, et Damam, et Erotem non stiteris, decem dabis?* Innuit, posterioribus his priorem, de qua quæstio est, esse similem, nihil enim interest inter ista, *aliquid eorum factum non est*; et, *illud, aut illud factum non est*, quod si ex posterioribus pœna debetur, si vel unum factum non sit: etiam ex priore, uno non facto, debebitur, ut proinde ex omnibus necesse sit omnia fieri, ne stipulatio committatur.

Quod dicit, *vel, ut propius accedamus*, hunc sensum habet, ut propius accedamus ad stipulationem illam, *si fundum, aut hominem non dederis*, de qua propositum est nobis initio dicere, idest, ut exemplo stipulationis magis simili, et illi stipulationi, de qua propositum est, magis congruente utamur, *fingamus*, et quæ sequuntur. Observandum est enim in hoc exemplo, quo modo usus erat, *Stichum, et Damam, et Erotem sistes? si quis eorum non stiterit, decem dabis?* duplicem esse stipulationem, unam puram, de rebus quas fieri volumus: alteram pœnæ conditionalem, si id, quod pure promissum erat, factum non erit. In hac autem conceptione, *si illud, aut illud factum non erit*, una tantum stipulatio est pœnæ, quæ a conditione incipit, exemplum igitur illud ab hoc paulo remotius. Ideo subiecit exemplum Iulianus, quod ad conceptionem propositam propius accederet: quod est tale, *si Stichum, et Damam, et Erotem non dederis, decem dabis?* Iam enim in utroque horum una est stipulatio incipiens a conditione, ut quod de uno dixeris, caussa dici non possit, quin de altero intelligatur. Sed quia utrumque horum non est exploratum, in hac nimirum stipulatione, *si illud, aut illud factum non erit*, utrum-

utrumque esse faciendum, et hanc stipulationem esse illi similem, *si hoc et illud non feceris*: ideo visum est Iuliano id confirmare paulo pluribus, idque est, quod agit in §. *sequenti*, ut mox dicetur.

3 Interim † utilitas huius definitionis notanda est. Est autem hæc, ut, si velimus nobis dari, fieri res duas, ac, nisi fiant, pœnam: non metuamus ita stipulari, *si hoc, aut illud non feceris, decem dabis*? quoniam his verbis, etsi disiunctivis, hoc continetur, ut utrumque fiat, et contra, si ex pluribus rebus velimus nobis unam tantum fieri: sciamus, cavendum esse, ne ita stipulemur, *si hoc aut illud non feceris, decem dabis*? postquam ex his verbis utrumque faciendum, et præstandum est, ne pœna debeatur.

Ad §. 3. Utrum ita concipias.

Utrum ita concipias stipulationem, *Si illud, aut illud factum non erit* an hoc modo. *Si quid eorum factum non erit, quæ ut fierent, comprehensa sunt*, hoc interest: quod quamvis altero facto, verum sit, hoc aut illud vere factum esse; non ideo tamen verum erit hoc aut illud factum non esse; nam simul ea possunt esse vera, quamvis inter se contraria sint: quia cum significatio non ex universo, sed ex aliquo sumitur, si veri aliquid insit, veram efficit totam orationem; sicut e contrario duæ orationes pugnantia continentes simul falsæ sunt: veluti, si qui libertorum partim puberes, partim impuberes decesserint, nam et hoc falsum erit, omnes impuberes decessisse: et illud, omnes puberes decessisse. Id accidit, quia significatio sumitur ex universo: in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam effieit. Animadvertendum igitur est, quid sit, de quo quæritur. Nam cum ita concipio, *Si illud, aut illud non erit*: quæri debet, an aliquid factum non sit. Illius effectus hic est, ut neutrum fiat, hujus autem, ut utrumque fiat, nec in illo prodest aliquid non fecisse, si aliquid factum non sit, neque in hoc aliquid fecisse, si aliquid factum non sit.

Ad §. 4. Proinde si quis.

Proinde si quis ita interroget, *Eorum quid, quæ tibi obiciuntur, fecisti*; ille neget: hoc exprimit, Eorum, quid quæ obiiciuntur, non feci: idest, nihil eorum feci.

S U M M A R I A.

1. *Illius stipulationis*, si illud, aut illud factum non erit, *effectus est, ut utrumque fiat*: *huius autem*, si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent, comprehensa sunt, *ut neutrum fiat*. et n. 4. et seqq.
2. *Duo in hoc* §. *esse menda, et quæ sit emendatio*. et n. 3.

1 Quod supra dixerat, † in hac stipulatione, *si illud, aut illud factum non erit*, hoc exigi, ut utrumque fiat: confirmat, ut paulo ante dixi, hoc §. Iulianus cum ratione ex conditione sumpta, tum comparatione huius stipulationis, *si quid eorum factum erit*. quod ex interpretatione loci intelligetur.

2 Sed prius quam ad eam accedimus, monendi sumus, † in principio huius loci duplex esse mendum; quo non restituto, stulte de sententia loci quæritur. Nam primum in illis verbis, *si quid eorum factum non erit, quæ ut fierent, comprehensa sunt*, transponenda negatio est, et ita legendum, *Si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent, comprehensa sunt*, ut et ab aliis est animadversum, neque difficilis animadversio est: Liquet hoc ex illis verbis, quæ sequuntur: *illius effectus hic est*. Nam illic Iulianus ait alterutrius ex his stipulationibus effectum hunc esse, ut neutrum fiat; hic vero effectus nulli plane stipulationi convenire potest, nisi ei, cum de pluribus rebus stipulamur, ne fiant; et, si quid eorum factum erit, stipulamur pœ-

pœnam. Et quod quidam dicunt, Iulianum hoc loco distinguere has stipulationes, *si illud, aut illud factum non erit, et, si quid eorum factum non erit*, quasi prior illa sit particularis, hæc autem, *si quid factum non erit*, sit universalis, et vim habeat huius orationis, *si nihil eorum factum erit*, satis hoc ipso loco refellitur. Nam ex hac stipulatione, *si quid eorum factum non erit*, utrumque faciendum est. §. *præced.* Ex ea autem, *si nihil eorum factum erit*, sufficit alterum fecisse, ne stipulatio committatur. §. *si quis autem, seq. ead. L.*

3 Deinde † in illis verbis, *non ideo tamen verum erit*, manifestum mendum est, ut enim hæc verba sunt, declaratur, si ex duobus unum feceris, alterum non feceris: non esse verum, hoc, aut illud factum non esse; quod cum ipsum per se aperte falsum est: tum vero Iuliano evidenter propositum est hoc loco contrarium dicere et probare, nempe, uno ex duobus facto, quamvis verum sit, hoc aut illud factum esse: tamen nihilominus verum esse, hoc aut illud factum non esse. Evidentius hoc sequentia verba ostendunt, quam ut in eo probando immorari oporteat. *Nam* inquit, *simul ea possunt esse vera.* Legendum est igitur hoc modo: *quamvis altero facto verum sit, hoc aut illud vere factum esse: non ideo tamen verum non erit, hoc aut illud factum non esse*, idest nihilominus tamen simul verum erit, hoc aut illud factum non esse. Hoc et Goveanus recte animadvertit, et emendavit. *Lib. 2. Lect. Cap.* 22.

Hoc intellecto de lectione huius loci, nunc eius paraphrasim subiiciam. Ut intelligatur, id ipsum esse de hac stipulatione, *si hoc, aut illud factum non erit*, id esse, inquam quod modo dixi, exigere illam nimirum, ut utrumque fiat: inter hanc stipulationem, *si hoc, aut illud factum non erit*, et hanc, *si quid eorum factum erit, quæ, ut non fierent, comprehensa sunt*, hoc interest, quod sequitur ex eo, quod nunc subiicio; ex quo id quod quæritur, idest quod supra dixi, facile intelligeretur. Sciendum est enim,

4 † cum ex his aut quæ priore stipulatione fieri volumus, aut quæ posteriore volumus non fieri, unum tantum factum est, eodem tempore hæc duo vera esse, *hoc, aut illud factum est*, et, *hoc, aut illud factum non est*: et, quod idem valet, *quid eorum factum est*, et, *quid eorum factum non est.* Nec obstat, quod hæ orationes verbis sunt contrariæ; nihilominus enim simul veræ esse possunt; verbis enim et conceptione sunt contrariæ: re non sunt. Id confirmat ex præceptis dialecticorum. Sumuntur enim, inquit, hæ propositiones ex aliquo, idest ex parte, non ex universo: idest particulares sunt, non universales; nihil autem prohibet, duas orationes particulares, quarum una quid de aliquo affirmet, altera de aliquo neget, simul esse veras, quoniam si quid in his vel minimum verum sit, veram efficit totam orationem; ut hic, cum unum ex duobus factum est, recte dixeris aliquid factum esse (nam et uno facto aliquid factum est): et simul recte, aliquid non factum esse, quia, uno rursum non facto verum est, aliquid, sive hoc aut illud, factum non esse. Orationes contrariæ tunc demum simul veræ esse non possunt, quoties aut ambæ sunt universales, ut, *omne factum est, quod debuit; nihil eorum factum est, quæ oportuit*; aut una, ut, *nihil eorum factum est, quæ, ut fierent, comprehensa sunt; aliquid eorum factum est, quæ, ut fierent, comprehensa sunt*; huiusmodi orationes cum sunt, ambæ possunt esse falsæ: ut in hoc exemplo, quo utitur, si fingas, ex filiis quosdam impuberes decessisse, alios puberes: hæ orationes universales ambæ erunt falsæ, *omnes impuberes decesserunt: omnes decesserunt puberes.* Fieri potest, ut una ex his fit vera. Illud nunquam potest fieri, ut utraque sit vera. Id eo fit, inquit, quia cum oratio universalis complectatur omnia, quæ aut affirmet, aut neget: si quid ex ea vel minimum falsum sit, tota oratio falsa est, ut si dicam, omnes homines currere, satis est ad propositionem refellendam, ut dicas non ita esse, si vel unus tantum proponatur, qui non currat. In summa huc redit hæc disputatio, ut maneat illud, quod supra posui, cum unum ex duobus factum est, utrumque hoc simul verum esse, et, hoc aut illud factum esse, quia aliquid factum est, et, hoc aut illud factum non esse, quia aliquid factum non est; ac proinde quid eorum factum esse, et quid eorum factum non esse.

Quorsum hoc? ut intelligatur, cum res ita se habeat, quærendum esse, utrum ex his sumamus potissimum, ut stipulatio committatur, aut non committatur; neque enim utrumque simul sequi possumus, cum ex una conditione stipulatio committatur; ex altera non committatur. Utrum igitur, inquam, ex his sequimur? Cum res ita sit, nempe animadvertendum est, inquit, quid sit, de quo quæritur, et id solum spectandum, et sequendum. Conditio est autem in his stipulationibus, de qua quæritur, utrum exstiterit, necne; proinde in illa stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, quæri debet, an aliquid factum non sit. Nam de eo agitur, an aliquid factum non sit: ac proinde, si quid

pro

proponatur factum non esse, stipulatio committetur; quemadmodum contra in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, quæri debet, quid factum sit, et ex eo, quod factum erit, hic quoque stipulatio committetur.

His positis hinc exsistit effectus ille, quem demonstrare Iuliano propositum est, et illa differentia, quam initio huius §. posui, nem-
5 pe ut, † in illa oratione, *si quid eorum factum erit*, neutrum fieri debeat, si volumus non committi pœnam; in hac autem, *si illud, aut illud factum non erit*, debeat utrumque; optima ratione, quam significat sequentibus verbis, et quæ ex præcedentibus illis satis intelligitur, quod, cum in illa stipulatione, *si quid eorum factum erit*, solum quærendum sit, quid factum sit: non prodest aliquid factum non esse, si probari possit aliquid factum esse: et ideo ex eo stipulatio committetur; ut proinde, quemadmodum dixi, necesse sit neutrum fieri, si velimus stipulationem non committi. Et contra in hac stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, cum quæratur, quid factum non sit, nihil prodest unum aliquid factum esse, si possit dici, aliquid factum non esse. Nam hoc spectamus, quid factum non sit, et ex eo stipulatio committitur.

6 Porro † in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, hoc contineri, ut neutrum fiat, quæ ut non fierent, comprehensa sunt, probat ipse deinde in illis verbis, *proinde si quis*, hoc argumento. Nam is, qui ita promisit pœnam, si quid eorum fecisset, necesse habet ad pœnam evitandam ita dicere, *ego quid eorum non feci*; *itaque pœnam ex condictione non debeo.* At his verbis, *quid eorum non feci*, hoc exprimitur, *nihil eorum feci*: quibus verbis se neutrum fecisse dicit. Pœnam igitur evitare qui volet, necesse est ut neutrum fecerit. Illis autem verbis, *quid eorum non feci*, hoc declaravi, *nihil eorum feci*, probat ex quotidiano sermone, et rebus notissimis. Nam, cum reus, pluribus obiectis criminibus, ita interrogatur, *quid eorum fecisti?* et respondet, *quid eorum non feci*: omnes intelligunt, hoc eum dicere, *nihil eorum feci.* Ergo idem in superiore stipulatione intelligendum est.

Ex his puto intelligi, verum esse, quod dixi initio, Iulianum hac tota disputatione id unum agere præcipue, ut probet, verum esse, quod dixerat, et de quo maxime poterat dubitari, in hac stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, non esse satis unum fieri, sed oportere fieri utrumque, si quis efficere velit, ne conditio huius stipulationis exsistat, ac proinde stipulatio committatur. Quodque de hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, insertum est, id probationis et argumenti caussa insertum esse, ut ex huius stipulationis iure existimare liceret, id esse in altera, quod supra dicebatur.

Id melius poterit intelligi, si sententiam totam Iuliani paucis comprehensam apertius nunc subiecero. † Est igitur hæc: hac stipulatione, 7
si illud aut illud factum non erit, *centum dabis?* continetur, ut utrumque fiat, quia et si ex rebus promissis unum factum sit: tamen nihilominus verum est, hoc, aut illud factum non esse. Atqui hoc quærendum et spectandum in hac stipulatione, quid factum non sit. Quare ex eo, quod factum non erit, tam stipulatio committetur, quam si utrumque factum non esset. Id autem in hac stipulatione esse spectandum, quod factum non est, intelligere licebit ex comparatione huius stipulationis, *si quid eorum factum erit*, *quæ ut non fierent*, *comprehensa sunt.* Etsi enim inter has stipulationes hoc interest, quod in hac posteriore hoc agitur, ut nihil fiat; in priore ut utrumque: tamen inter eas hoc convenit, quod in utroque genere, si unum ex his, quæ fieri debebant, aut non debebant, factum sit: simul utrumque verum est, et aliquid factum esse, et aliquid factum non esse. Et tamen in hac stipulatione, *si quid eorum factum erit*, non spectamus utrumque, sed dumtaxat quid factum sit, et ex eo stipulationem committimus. Similiter igitur et in illa stipulatione, *si illud aut illud factum non erit*, non spectabimus utrumque, sed id dumtaxat, de quo quæritur, nempe quid factum non sit: simulque ex eo si quid factum non erit, stipulatio committetur.

Ad §.

Ad §. Si qus autem.

Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet, *illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?*

SUMMARIUM.

1. *Quomodo accipienda stipulatio pœnalis, cum ex duobus in stipulationem deductis non utrumque, sed alterutrum fieri volumus.*

Postquam huius orationis, *si illud, aut illud factum non erit*, hæc vis, et significatio est, ut non possit adhiberi, nisi tum,
1 cum volumus, ut utrumque fiat: † quid fiet, si ex duobus unum tantum fieri velimus, et nisi ita fiat, ut volumus, stipulemur pœnam? Cavet Iulianus hoc loco stipulationem ita concipi oportere, *illud, aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?* Recte. Satis est enim quid fieri, ne hæc stipulatio committatur. Quidquid enim ex his factum erit, etiam si erit minimum, illa oratio universalis, *nihil eorum factum est*, erit falsa, ut in §. *præcedenti* dictum est. Quod si falsa est: consequens est, uno facto, ut volebamus, conditionem stipulationis decessisse, ac proinde stipulationem non esse commissam. Hoc sentit ex Dialecticorum præceptionibus, cum subcontraria oratio vera est, ei contrariam universalem propositionem falsam esse.

Ad §. Item.

Item si paterfamilias in testamento ita scripserit: *Si quis mihi filius, aut filia gignetur, heres mihi esto. Si mihi filius, aut filia heres non erit, Sejus heres esto*, non satis voluntatem suam declaravit: si non-aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit, hoc enim modo concipi oportet, *Si mihi nec filius, nec filia heres erit.* Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis cum filiam et filium habeat, utrumque heredem instituere velit: sed sive alter futurus heres sit, extraneum miscere: sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivius est, sententiam testatoris sic esse interpretandam, ut sive filius, sive filia nati eis fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo accipienda hæc substitutio:* Si mihi filius, aut filia heres non erit, Seius heres esto.

Ex eo, quod dixit, hac oratione, *si illud, aut illud factum non erit*, hoc contineri, ut utrumque fiat, nec sufficere unum factum esse, ne conditio exsistat, intro-
1 ducitur hæc quæstio hoc loco, † quid iudicandum sit de hac institutione: *Si filius aut filia mihi gignetur, heres esto: si mihi filius aut filia non gignetur*, sive, *si heres non erit, Seius heres esto.* Si neque filius, neque filia heredes sunt, Titium admitti constat; utroque nato, constat eum excludi. Quid, si unus tantum natus erit sive filius, sive filia? an hic solus heres erit, an vero et cum eo Titius admittetur? Respondet Iulianus convenienter superioribus, quamvis unus natus sit, quia tamen uterque natus non est, substitutioni locum esse: quia verum sit, hoc aut illud factum non esse. Ut enim, cum stipulor pœnam, *si illud aut illud factum non erit*, si unum factum non sit, stipulationi locus est: sic cum quis substituitur, *si illud aut illud natum non erit; si ille aut ille heres non erit*, uno non nato, uno herede non exsistente, substitutioni locus erit. Denique

que huius conditionis hæc potestas est, ut si neuter ex filiis heres est, Titius substitutus sit heres ex asse: si alter dumtaxat heres exsistit, Titius extraneus sit admixtus heres, id est coniunctim cum filio succedat, in easque res superior conditio potest esse utilis. Quod si testator velit unum natum solum heredem esse: si his verbis utatur, quæ supra proposita sunt, perperam utitur, et aliud exprimit, quam sentiat.

Sed hæc ex verborum significatione dicta sunt. Cæterum in hac specie institutionis et substitutionis proclivius est existimare hanc esse mentem testatoris, ut si vel unus filius nascatur, is solus sit heres, et Titius excludatur, quod non tam ex voto parentum colligitur, quam ex præcedenti institutione, ex qua apparet, testatorem sic instituisse filios, ut etiamsi unus ei natus esset, vellet eum heredem esse solum, huic alium substituendo sub contraria conditione, mutasse voluntatem et iudicium prioris institutionis non est existimandus.

Ad L. Si quis ita. 14.

Martianus lib. 6. Institutionum.

Si quis ita scripserit, *illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato.* Trebatius utile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat: quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, quod verum esse existimo.

SUMMARIUM.

1. *Legatum relictum* illis, qui testamentum meum signaverint, *utile est.*

1 HIS verbis, † *illis, qui testamentum meum signaverint, heres dato*, plane incertis personis legatum est, si initium spectetur. Nam neque qui signaturi sint, intelligitur; neque hi designantur ex certis personis, ut proinde secundum regulam iuris antiqui inutile legatum videatur. §. *incertis*, *Inst. de leg.* Marcianus hoc loco defendit, certis personis legatum videri: proinde esse utile legatum, quia, inquit, *testamentum confirmatur testibus adhibitis.* Significat, ideo legatum valere, quia hi, qui testamentum signabunt, a principio quidem ignoti, et incerti testatori: at postea necesse est testatori viventi certos et notos fieri, quia non signabunt testamentum, nisi adhibiti et rogati a testatore, dixi de re tota *ad L. quidam, supr. eod.*

Ad L. Quædam 15.

Idem libro secundo Regularum.

Quædam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur: et apparet quid actum est. Ut ecce, si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit. Nam si quidem voluerit legatarius habere legatum: tradito nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres, nam si quidem non repudiaverit legatarius: alienam pecuniam credidit. Si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur. Quid ergo si consumpta fuerit pecunia? Utique idem erit ex eventu dicendum.

S U M M A R I A.

1. *Res dubiæ triplicis generis. Regulæ de unoquoque genere traduntur.* et n. seqq.

6. *Quid iuris, si rem legatum heres alienaverit.*

1 Quædam sunt res dubiæ, † quæ nullo modo, nulla præsumptione explicari
2 possunt. † In his nihil agitur, nec quod non intelligitur, tanquam esse debeat, ulla æquitatis ratione defenditur, cuiusmodi est, si testator aliquid leget, persona legatarii non adscripta: *L.* 3. *supr. eod.* aut si leget, persona adscripta, sed uni ex pluribus; et ea
3 quæ sit non appareat. *L. si fuerit*, *sup.* † Quædam sunt, de quibus certi aliquid affirmare non possumus: sed coniectura aliqua et
4 præsumptione res potest explicari. † In his id valet, pro quo ea præsumptio facit, sequimur enim eam præsumptionem, quandiu nihil contra pietatem, aut bonos mores faciamus, veluti cum, patre et filio pariter mortuis, credimus, filium supervixisse, et quæ sunt similia in *L. qui duos*, §. *cum bello*,
5 *et seq. supr.* † Quædam sunt, quæ a principio nullo modo explicari possunt, sed pendent ex eventu, has neque statim dicimus valere, neque rursus non valere: sed iubemur exspectare eventum, ex quo de re in præteritum iudicetur. Id est, quod agitur hoc capite. Demonstratur autem id exemplo rei legatæ, quæ utrius sit, heredis an legatarii, priusquam legatarius repudiarit, responderi non potest. Itaque † si quid de ea interim 6
heres statuerit aut rem legatam tradendo, aut pecuniam legatam mutuam dando: si quis roget, utrum quid horum valeat, an non: quoniam ita valent, si heres dominus fuerit; si non fuerit, non valent, neque adhuc statui de hac re potest, respondebimus, de ea re nihil posse nunc affirmari: de eo iudicandum esse ex eventu, utrum legatarius legatum agnoscat, an repudiet. Si legatarius legatum non repudiet, res retro eius fuisse videtur ab adita hereditate: si repudiet, videtur nunquam eius fuisse, sed semper heredis. Ex eo quid valeat, aut non valeat antea gestum ab herede, statuendum est. *L. legatarius*, 38. §. 1. *L. servum filii*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus*, *de leg.* 1. *L. legatum*, 80. *D. de leg.* 2.

Ad L. Quod de pariter. 16.

Idem libro tertio Regularum.

Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. Ut ecce: si mater stipulata esset dotem a marito mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia periisset: an et heredibus matris actio ex stipulatu competeret? Et divus Pius rescripsit, non esse commissam stipulationem: quia mater filiæ non supervixit.

SUMMARIA.

1. *Si mater dotem, quam dabat, sibi, mortua in matrimonio filia, reddi stipulata sit; et simul cum filia perierit: heredi eius actio non competit.* et seqq.
2. *Stipulatio conditionalis committitur, existente conditione.*
4. *Thesis priore loco posita vindicatur a contrariis argumentis.* et seqq.
5. *Stipulatio conditionalis quatenus ad heredes transmittatur.*

1 Mater, † cum dotem pro filia daret, stipulata est a marito dotem reddi, et sibi reddi, sub conditione, si filia in matrimonio decessisset: mater et filia una obierunt: quæsitum est, an heredibus matris actio ex stipulatu competat. Pius Imperator rescripsit, non esse commissam stipulationem: ut intelligatur, actionem de dote heredibus matris non competere ex ea stipulatione, cuius conditio defecit. Et hoc, inquit, *quia mater filiæ non supervixit.*

Sed quomodo defendemus, non esse commissam stipulationem? Nam, cum constet, mulierem ante maritum, a quo dos repetitur, decessisse, et ita decessisse in matrimonio, id est stante matrimonio, exstitit conditio stipulationis: quod † si exstitit, haud 2
dubie stipulatio est commissa, §. *sub conditione*, *Inst. de verbor. obligat.* Et † obser- 3
vandum est, in hac stipulatione non fuisse tantum hanc conditionem, *si filia in matrimonio decesserit.* Stipulata est enim præterea mater dotem reddi sibi ipsi, in quibus verbis inest conditio altera: *si mater vivet*

vivet, *mortua filia*, propterea quod matri reddi non potest, nisi viventi; mortuæ non potest. Hæc vero conditio non exstitit. Nam mater, mortua filia, non vixit. Id ita iudicavisse Imperatorem ex ea ratione, quam reddidit, apparet. Hoc enim illud est, quod dicit, ideo non esse commissam stipulationem, quia mater filiæ non supervixit, quod perinde est, quasi diceret, superiore stipulatione id actum esse, ut mater filiæ supervineret, quod non accidit: ut proinde, deficiente conditione, stipulatio non sit commissa.

Hic nobis occurritur ex §. *ex conditionali. Inst. de verb. obl.* ex quo probatur, iuncto §. *præcedenti*, in huiusmodi stipulationibus, *Si Titius consul factus fuerit*, *decem mihi*
4 *dare spondes*? † in hac adiectione, *mihi dari*, aut conditionem nullam esse, aut certe non esse eiusmodi, quin, conditione stipulationis expressa postea exsistente, actio acquiratur heredibus stipulatoris. Nam illic ita scriptum est, ex conditionali stipulatione spem transmitti ad heredes, quamvis stipulator, pendente conditione decesserit. Quod sane huic quæstioni convenit. Nam mater stipulata est dotem sibi reddi sub conditione, si filia in matrimonio decessisset. Exstitit postea hæc conditio, etiam si mortua iam matre filia decessit. Igitur stipulatio heredibus committetur, nec iis obstabit, quod mater nominatim stipulata est sibi reddi, non heredibus. Nam non eo minus spes conditionalis stipulationis ad heredem transmittitur, quia stipulator sibi dari caverat, ut dicto §. *ex conditionali*, *et præcedenti* demonstratur.

5 Ego puto, † quod dicitur, stipulationem conditionalem transmitti ad heredes, quamvis stipulator, pendente conditione, decesserit, de ea accipiendum esse, in qua quis stipulatus est sibi dari, aut reddi quidem et fieri aliquid, sed indefinite. Nam hæc omnia ad alios quoque quibus per nos acquiri potest, transeunt: ideo etiam ad heredes nostros. Quod si quis stipulatus sit quid sibi fieri, omnimodo persona stipulantis continetur. §. 1. §. *sed cum factum. Inst. de stip. serv.* Ex quo eveniet, ut, nisi prius eius rei obligatio, et actio constiterit in persona stipulatoris, ea postea heredibus ex persona eorum non acquiratur: quod ex hoc etiam* loco non improbabiliter defendetur. Itaque dicetur ita commode, spem conditionalis stipulationis ad heredem transmitti: sed hac lege, si res sit, quæ ad heredes transeat; et nisi id actum sit ut stipulatori ipsi res prius acquireretur. Quod si factum erit: actio, quæ a stipulatore non cœpit, non incipiet ab heredibus. Cautum quidem est postea a Iustiniano, actiones ab heredibus posse incipere: *L. unice*, *C. ut actio. ab her.* sed ita, si res hoc modo contracta esset, ut daretur heredibus, aut daretur, mortuo stipulatore, ut diserte ea constitutione declaratur *in prin. et in fin.* Quod ad hanc stipulationem non pertinet, qua mater nominatim sibi reddi dotem stipulata est, non heredibus.

Interim illud notandum est, † de matre 6
et filia pariter decedentibus significari hoc loco, non videri matrem filiæ supervixisse, sed aut una cum filia, aut antea decessisse, ante vero decessisse existimari, traditum est in *L. cum pubere*, *infr. eod.* Nihil habet commune cum quæstione huius loci species ea, quæ refertur in *L. qui duos*, §. *si maritus*, *supr. eod.* Mater, quæ dotem stipulata erat sibi reddi hac ipsa conditione, si filia in matrimonio decessisset, filia in matrimonio decedente, ex stipulatu agit. Recte. Nam vivit mater, nempe ea, cui stipulatio committi potest, hic mater non supervixit: neque porro stipulatio committi potest eius heredibus.

Ad §. *ult.* Item.

Item quæritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est: simul cum marito decesserit; vel cum ea, propter quam stipulatus est: an ad heredem suum actionem transmittat.

Ad L. Idem. 17.

Paulus lib. 12. ad Plautium.

Idem est, si dos uxori prælegata sit, et simul cum marito perierit.

Ad L. Sed et in illo. 18.

Martianus lib. 3. Regularum.

Sed et in illo quæritur si pariter pupillus, et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit: an frater fratri heres existat, an contra? vel si duo invicem necessarii substituti sunt, et una perierint: an heredes extitisse videantur? vel alter alteri, hoc est invicem hereditatem rogati fuerint restituere? In quibus casibus,, si pariter decesserint: nec appareat, quis ante spiritum emiserit: non videtur alter alteri supervixisse. Sed et circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita fuctus sit: servi quasi in bonis eius mortis tempore fuerint, non computantur.

SUMMARIUM.

1. *Ex duobus simul pereuntibus, quorum alter non sit pater, alter filius, neuter alteri supervixisse creditur.*

1 HAbent hæc capita hanc sententiam. † Quoties duo, quorum unus pater non est, alter filius, pariter decedunt: neuter alteri supervixisse iudicandus est. Ex eo recte colligitur, neutrum ex alterius testamento cepisse, neutrum alteri heredem exstitisse, neutrum alterum superstitem tempore mortis in bonis suis habuisse. Nam, ut capias quid ex alterius testamento, ut illi heres sis, prius oportet illum defunctum esse, te superstitem. Vide cætera ad *L. qui duos*, §. 1. *et seqq. supr.*

Ad L. Si cognatis. 19.

Ulpianus lib. XXV. ad Sabinum.

Si cognatis legatum sit, et hi cognati quidem esse desierunt, in civitate autem maneant: dicendum deberi legatum: cognati enim testamenti facti tempore fuerunt.

SUMMARIA.

1. *Legatum* cognatis *relictum debebitur et iis, qui postea cognati esse desierint, dummodo civitatem retineant: et iis, qui ante mortem testatoris cognati esse per adoptionem cœperint.* et n. 9. et 12. seqq.
2. *Dubitandi rationes, et ad eas responsio.* et seqq. 15. seqq. 19. seqq.
3. *Falsa demonstratio non nocet, si constet, quid testator senserit* et n. 5.
4. *Interpretatio* L. falsa, 33. §. 2. D. de condit. et demonstrat.
6. *Quoties certo personarum generi legatur, debetur etiam iis, qui postea esse desierint ex eo genere.*
7. *Quinam cognati esse desinant.*
8. *Arrogatus a patre meo in locum filii fit mihi frater, adgnatus, et cognatus.*
10. *Quibus modis civitas amittitur, iisdem et patria potestas solvitur, et adgnatio.*
11. *Legari non potest, nisi iis; cum quibus est testamenti factio.*
13. *Mortis potissimum tempore spectatur voluntas testatoris.*
14. *Testator, quandiu vivit, potest voluntatem mutare.*
15. *Demonstratio*, meus, meum, *ad quodnam tempus referri debeat.* et seqq.
17. *Stipulatione*, ne luminibus officiatur, *non solum præsentia, verum etiam futura continentur.*
19. *Legato* liberis *relicto an contineantur per adoptionem postea quæsiti.* et seqq.
20. *Adoptivi liberorum numero sunt iuris civilis commento.*
23. *Ad Legatum* cognatis *relictum utrum omnes cognati admittantur, an vero proximus quisque.* et n. 24.

Te-

1 TEstator † ita scripsit: *cognatis meis centum dari volo.* Quidam ex iis, qui cognati erant tempore testamenti facti, cognati esse desierunt, vivo adhuc testatore, ut, moriente eo, et legati die cedente, cognati non essent. Hi, mortuo testatore, legatum petunt. Contradicitur eis ab herede. Ait ille, se iussum esse videlicet cognatis dare, ipsos non esse cognatos. Quæstio, an his legatum debeatur, etiam qui cognati esse desierint. Ulpianus etiam iis deberi ait, si modo in civitate maneant. Quod cuiusmodi sit, videndum est; hos enim potius ad legatum admitti non debere dicendum videtur. Deficiuntur enim primum verbis: si non verbis: at certe testatoris voluntate. Verbis quidem, ut videtur, ideo, quia, ut dixi, heres iussus est dare cognatis, et hi cognati non sunt. Sed facile hoc explicatu. Respondebimus enim, et hos cognatos esse illos, quos testator appellarit. Nam cum legavit cognatis suis, cognatos suos quos tunc habuit, cum legabat, intellexit. In quo numero hi fuerunt, qui legatum petunt. Cognati igitur et isti ex his, quos testator designavit. Nec ad rem pertinet, quod postea cognati esse desierunt; non enim eo minus verum erit, illos ex iis cognatis fuisse, quibus testator datum voluit, quibus postea non ademit.

2 Sed † videamus, ne hoc non sit satis ad voluntatem et iudicium testatoris, ipsos initio fuisse cognatos, nisi et cognati esse perseverent: et, si cognati esse desierint, iis nec legatum datum videatur. Hic enim cognatis ut cognatis datum est, idest hac solum de caussa, quod cognati essent. Fecit igitur locum legato personæ conditio; ita, conditione mutata, cessabit legatum, quia deficiat voluntas et iudicium testatoris, arg. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* Nos vero negabimus, istis legatum esse hac solum de caussa, quod cognati essent. Nihil enim eiusmodi factum proponitur in hoc legato; quin potius hæc oratio, *cognatis meis*, de-
3 monstratio est, † quæ, etiam si falsa esset, non noceret, dum aliter constaret de persona legatarii. *L. demonstratio. L. falsa. infr. de cond. et demon.*

Videtur tamen Paulus in *d.* L. *falsa*, §. *sed etsi*, *infr. de cond. et demon.* hanc sententiam probare, quoties certo generi personarum quid legatur, conditione mutata, nihil deberi. *Si*, inquit, *alicui quasi liberto*, *idest inter libertos legatum fuerit*: *non idcirco legatum amittit*, *quia postea anulos ab Imperatore acceperit. Nam honor eius auctus*
4 *est*, *non conditio mutata.* † Quod ait, alicui *quasi liberto*, *idest inter libertos* legatum esse, nihil aliud est, quam libertis legatum esse, inter quos unus fuit, qui postea anulos aureos acceperit; quod autem negat, eum amittere legatum hac ratione, quod conditio eius non sit mutata: declarat, si eius conditio mutata esset, idest si libertus esse desiisset, futurum fuisse, ut nihil ei debeatur. Sed ille locus sic interpretandus est, si liberto quasi liberto; sive libertis quasi libertis, idest hac conditione, si liberti mansissent, legatum sit. Nam, hac conditione expressa, *nisi quis libertus manserit*, nihil debetur: non expressa, tantummodo caussa, aut demonstratio legato adiecta est: quorum † utrumque, 5
quamvis falsum sit, legato non nocet. *L. demonstratio*, §. *pen. infr. de cond. et demon.*

Igitur hoc ratum est, si quid cognatis legatum sit: legato contineri cognatos, qui fuerunt testamenti facti tempore, quamvis postea cognati esse desinant. Quo exemplo generaliter recte ita definiemus: † quoties aliquid 6
certo generi personarum legatum est, omnibus, qui sunt ex eo genere, quo tempore testamentum fit, legatum deberi, quantumvis postea ex eo numero esse desierint; ut si quis legaverit contubernalibus suis, et ii contubernales esse desinant: si artificibus huius civitatis, et quidam desinant esse civitatis artifices: si legaverit famulis suis, et ii e famulitio exierint.

Ait Ulpianus, *si cognati esse desierint*, quasi cognatus est, aliquo casu cognatus esse desinat. Atqui iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt. *L. iura*, D. *de reg. iur.* Et † hoc ita est: si quis natura cognatus est, 7
idest sanguine coniunctus, is nullo modo cognatus esse desinit; quare de cognatione naturali hic locus accipi non potest. Ac plures sunt etiam caussæ, cur etiamsi qui vere cognati sunt, cognati esse desinant, tamen hæc significatio huic responso non congruat. De iis ergo cognatis locus intelligendus est, qui nobis coniunguntur per adoptionem. Finge, patrem meum aliquem filium sibi arrogare. † Is fra- 8
ter meus fit iure civili, idemque agnatus, quia est in potestate eiusdem patris: et quia agnatus etiam cognatus. *L. qui in adoptionem*, *D. de adopt. L. non facile*, §. 1. *L. Iurisconsultus*, §. 1. *D. de grad.* Fac, me, cum miles essem, testamento legavisse cognatis meis, in quibus illum adoptivum fratrem esse sciebam: eumdem postea emancipatum a patre. Emancipatione sic desinit esse in potestate patris mei, ut neque illi filius, neque mihi amplius sit frater, aut cognatus: denique nullum ex pristino iure rema-

manet vestigium. *L. in omni. D. de adopt. §. eadem. Inst. de hered. quæ ab intest. def.* Dicimus, hunc nihilominus legatum recte petiturum.

9 Addidit exceptionem Ulpianus, † dum modo qui desierunt esse cognati, in civitate maneant. Hoc ideo, quia, si is, qui mihi per arrogationem coniungebatur, non emancipatione desinat esse cognatus, sed deportatione, et iis capitis deminutionibus, quibus ci-
10 vitas amittitur (nam † his modis multo magis quis in potestate patris esse desinit, eoque etiam desinit esse agnatus. §. *cum autem. Inst. quib. mod. iur. iuspatr. po. sol.* §. *ult. Inst. de leg. ag. tut.*): huic legatum non debebitur: non quia tunc non sit cognatus: sed quia non est civis Romanus, idest is, cum quo sit testamenti factio. *L. 1. C. de*
11 *hor. inst.* † Solis enim legari potest, cum quibus testamenti factio est. §. *legari, Inst. de leg.*

12 Quæritur e converso, † si testator cognatis suis legaverit quo tempore quidam cognati eius non fuerunt, an, si hi postea cognati esse cœperint, ut sint cognati tempore mortis, his legatum debeatur. Ait Ulpianus, etsi per arrogationem quis cognatus factus sit, hunc legatum consequi, et quidem facilius, quod
13 ideo adiecit, quia † voluntas testatoris tum præcipue spectanda est, cum is moritur: quoniam morte eius sola confirmatur, ut quæ sit de iis tantum, quæ quis velit fieri post mor-
14 tem, † et quandiu testator vivit, possit revocari. *L. 1. D. qui test. fa. pos. L. 4. sup. de ad leg.*

Ergo duo statuit Ulpianus, primum, testatorem cognatis suis legando non tantum eos, qui tunc sunt, complecti: sed etiam eos, qui quandoque postea erunt. Hoc amplius non tam cognatos, qui natura cognati fient, sed etiam qui fient iure civili per arrogationem.
15 Quorum † utrumque, si alios locos sequimur, falsum videtur. Legavit testator hoc modo: *cognatis meis centum heres meus dato.* Si Paulum audimus, his verbis testator solum cognatos, quos tempore testamenti habuit, designavit, nec qui postea erunt, continentur. Hac enim demonstratione, *meum*, semper, inquit, præsens, non futurum tempus ostenditur. *L. si ita, 7. supr. de aur. et arg. leg.*
16 Ego vero de hac Pauli definitione sic statuo, † quod ille ait, hoc verbo, *meum*, præsens dumtaxat tempus demonstrari, non ex significatione verbi ab illo dictum esse, sed ex loquentis sententia. Verbum enim, *meum*, nomen, aut pronomen cum sit, tempus non recipit, aut significat. Argumento erit, quod, salva ratione recti sermonis, non minus recte ita dicturus sum, *lego iis, qui cognati mei erunt, cum moriar*: quam hoc modo, *lego iis, qui nunc sunt cognati mei* unde intelligitur hoc verbum, *meum*, omnibus temporibus æque aptari posse. Et ideo recte Pomponius in *L. si servitus, supr. de ser. urb. præd.* † in hac 17
stipulatione, qua cautum est, ne luminibus meis officias, respondit, in re ambigua verbo generali omne lumen significari, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit. Quod ergo a Paulo dictum est, hoc verbo præsens tempus demonstrari, ex sententia, inquam, testatoris loquentis dictum est. Qui enim de suis rebus loquitur, referre cogitationem solet ad eas, quæ sunt; non ad futuras, quoniam hæ quæ, et quales futuræ sint, et an etiam ullæ eius futuræ sint, testatori ignotum est, nemo autem de iis sentire existimatur, quas ignorat. Arg. *L. si quis ita, §. si quis cum, supr. de test. tute.* Hoc cum cum ita se habeat, voluntas loquentis quærenda est, et quod verisimilius est, eum cogitasse, id sequendum. *L. cum in testamento, infr. eod. L. in obscuris, D. de reg. iur.* Animadversis vero his caussis, quarum de altera superius illud respondit Paulus, de altera agitur hoc loco, ita reperiemus, ideo res præsentes verbo, *meum*, contineri in specie Paulo proposita, quia testator de iis solum sentiret: in hac autem, de qua agimus, verbo cognatorum omnes, etiam qui postea erunt, contineri hac eadem ratione, quia testatoris voluntas hoc exigat.

De quo ut in universum possit statui, † 18
hæc erit regula sumpta ex his duobus locis, qua ad voluntatis interpretationem, et simul significationem huius demonstrationis utamur: ut, si in præsentibus et futuris rebus eadem caussa et ratio sit, cur de iis pariter testator sentiat: qui suas res dixit, utrasque complexus videatur, ut hic, qui cognatos dixit, dixit et quos nunc habet, et qui ei postea contingent: quoniam una est ratio, et caussa legandi omnibus, omnes namque sunt cognati: erga omnes, qua cognati sunt, testator pariter est animo affectus. Quod si non una eademque caussa est, cur qui de præsentibus loquitur, etiam de futuris sentiat: qui res suas dixit, præsentes non futuras intellexit, quod accidit, cum quis vestem suam, et similes res legat, *d. L. 7. supr. de aur. et ar. leg.* Nam qui vult centum legare, non item vult ducenta, quam ob caussam, legatis præsentibus, non item res futuras legasse intelligitur, cum eæ quales, et quantæ futuræ sint, ignoret.

Sed

Sed cum concesserimus, in hoc legato verbo cognatorum eos etiam contineri, qui postea exsistent: tamen illud, quod sequitur, non videtur concedendum, ut iis debeatur legatum, qui non natura cognati facti sint, sed per arrogationem. Nam hoc a veteribus
19 omnibus receptum est, † si testator liberos alicuius appellet, de quibus testamento caveat, quibus quid prospectum velit: liberos non contineri eos qui postea per adoptionem facti sint. *L. si ita quis*, 51. §. *ult. supr. de leg.* 2. *L. fideicommissum*, *infr. de cond.*
20 *et demon.* Et merito † adoptivi enim liberi, re vera liberi non sunt, sed iuris civilis commento, sic enim vocat Papinianus in *d. L. fideicommissum.* Quod si liberi non sunt, qui pro liberis adoptati sunt, nec ad eos voluntas testatoris pertinet: multo minus ii cognati erunt ipsi patri adoptivo, multoque etiam minus cæteris, qui ab eo patre descenderunt. Et sane ex superioribus locis, præsertim ut est verborum significatio, et voluntas testatoris in hac re non facile patientis sibi quemquam cognatum obtrudi, quem ille nolit,
21 aut non exspectarit, † fatendum est, legatum non deberi iis cognatis, quos alius, quam testator arrogaverit, ut bene Bartolus superioribus locis victus censuit. Exempli caussa filiusfam. miles legavit cognatis suis, eius pater postea sibi filium arrogavit. Huic, quamvis testatoris cognato, nihil debebitur, ne sit in potestate patris, quemcumque velit adoptando, invito filio, eum ad legatum admittere. Et præterea re vera cognatus non est.
† Quod ergo hoc loco dicitur, nihilominus 22
istiusmodi cognatis, qui per arrogationem facti sint, legatum deberi, restat, ut de iis intelligendum sit, quos testator ipse arrogaverit sibi postea, ad quos voluntas testatoris haud dubie pertinet. Hic enim eos arrogando satis declaravit, se habere eos filiorum et cognatorum loco.

Quæsitum est, † si plures erunt cognato- 23
rum gradus, an omnes cognati simul admittantur: an proximus quisque invitatus videatur. Ego simul omnes admitti puto, quoniam cognatis legatum est: omnes autem sunt cognati, quocumque tandem sint gradu. † Tunc 24
proximus quisque invitatus videtur in legato, quod familiæ relictum est, cum testator non semel omnibus, qui sunt ex familia, legavit: sed primum uni, et vetuit, ne extra familiam alienaret. *L. peto*, §. *ult. supr. de leg.* 2. Nam qui prærogativam gradus in primo legatario, qui erat ex familia, servavit, consentaneum est, eum eandem deinceps servasse in sequentibus gradibus.

Ad §. *ult.*

Cæterum si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem: facilius legatum consequitur. Si quis cognationi leget, idem est, atque si cognatis legasset.

SUMMARIA.

1. *Qui cognationi legat, cognatis legare intelligitur.* et n. seqq.
2. *Quinam cognati, quid cognatio.*
3. *Non recedendum a verborum significatione, nisi testatoris voluntate cogente.*
4. *Testatorem nihil agere voluisse, putandum non est.*

1 *SI quis cognationi leget*: † *idem est*, inquit, *atque si cognatis legasset.* Cur ita interpretamur, cum constet cognationem
2 non significare cognatos? Nam † cognati sunt, personæ sanguine inter se coniunctæ, quasi simul natos dicas. *L.* 4. *D. de grad.* Cognatio autem est ius inter cognatos natura, aut legibus constitutum. Nemo autem dixisse putandus est, quod verbo non expresserit. *L.* 3. *supr. eod.* Respondeo: proprie *cognatio* cognatos non significat: sed figurate pro cognatis accipi potest, vel ut sit enallage derivativi pro primitivo, ut cum dicimus *antiquitatem* pro antiquis: vel ut sit metonymia, effectus pro efficiente, cognati enim faciunt, ut exsistat ius illud, quod cognationem appellamus. Ex hac ratione *cognationem* in hoc legato cognatos interpretamur.

Non recte, dixerit aliquis, cum † a signi- 3
ficatione verbi non aliter recedere oporteat, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. *L. non aliter*, *supr. de leg.* 3. Recte, nisi cum manifestum sit testatorem aliud sensisse. At hic aliud sensisse eum, apparet, *cognationis* verbo, quam quod verbum proprie significat. Faciamus enim, cognationem hic in-

intelligi ius inter cognatos constitutum, nullum legatum est, utpote in quo nulla persona legatarii est adscripta. *L. Paulus*, *supr.* Erit etiam stultissimus testator, qui legaverit non personæ, sed rei, quasi rebus legari possit, aut soleat, ac non personis, quæ legatum possunt capere: atque eo etiam stultior, quod legaverit ei rei, quæ in rerum na-
4 tura non subsistat, qualis est cognatio. † Non est autem existimandum testatorem nihil agere voluisse, ut dixi *ad L. quoties in actionibus*, *supr. eod.* multoque minus quemquam tam stulte loqui, aut cogitare. Neque vero hoc vitium vitasse, aut quidquam in hoc legato egisse videri potest, nisi legaverit cognatis. Ita fit, ut *cognationis* verbo de cognatis eum sensisse recte interpretemur.

Ad L. Cum senatus. 20.

Paulus libro 12. ad Plautium.

Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legari, nulla dubitatio est, quin si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur: cui autem non licet, si legetur, non valebit nisi singulis legetur. Hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

SUMMARIA.

1. *Collegio licito legari potest: illicito collegio non potest: singulis tamen ex hoc collegio potest.*
2. *Singuli ex collegio non sunt collegium.*
3. Collegium *incertos homines significat.*
4. *Quod cum universitate geri non potest, cum singulis potest.*

1 Collegio licito, † recte legatur, illicito inutiliter. Sed hoc non facit, quominus singulis, qui sunt ex eo collegio, recte
2 legetur. † Singuli enim, certi sunt homines,
3 non collegium, quo nomine † incerti homines significantur, lex autem collegio dumta-
4 xat vetat legari. Summa hæc est: † quod cum universitate lex geri vetat, ad singulos, qui ex ea universitate sunt non pertinet, huc facit *L. sicut*, §. *si quid*, *supr. quod cuius. univer. no.* Quæ sint licita, et illicita collegia, cognosce ex *L.* 1. *et* 3. *infr. de colle. L.* 1. *supr. quod cuiusq. uni. no.*

Ad L.

Ad L. Ubi est. 21.

Idem lib. 14. ad Plautium.

Ubi est verborum ambiguitas, valet quod actum est: veluti cum Stichum stipuler, et sint plures Stichi: vel hominem Carthagini, cum sint duæ Carthagines. Semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta: nisi cum aperte contra leges scriptum sit.

SUMMARIA.

1. *Ambiguum quid.*
2. *Si de re promissa constet, ambiguitas vero sit in tempore, loco, vel summa: stipulatio valet.*
3. *Si ambiguitas sit in re; et de alia stipulator, de alia promissor senserit; et promissor hoc probaverit: stipulatio non valet.* et n. seqq.
4. *Stipulatio, nisi ex consensu utriusque, non valet.*
6. *In ambigua stipulatione in primis videndum, quid actum sit.* et n. seqq.
7. *Id actum intelligitur, de quo contrahentes senserint.*
8. *In ambiguo sermone quisque id, quod voluit, dixisse intelligitur.*
9. *Quid actum sit: quomodo probari possit.* et n. 10.
11. *Quid verisimilius sit, inter contrahentes actum esse, quomodo intelligi possit.* et n. seqq.
13. *Id semper in ambiguis agendum, ut res in tuto sit, dum bona fide, nec adversus leges contracta sit.* et n. seqq.
15. *Stipulationem vitiat mala fides.*
16. *Dolus, et metus contraria sunt bonæ fidei.*
17. *Contra leges promissum non valet.*
18. *Ubi res, de qua agitur, in tuto est, sed in ambiguo hæret: mos regionis inspiciendus.* et n. 19.
19. *Contrahentes more in regione usitato locuti existimantur.*
20. *Si intelligi non possit, quid inter contrahentes actum sit: interpretatio fit contra stipulatorem.*

1 De stipulatione et conventione ambigua hic agitur. † Ambigua est, in qua aut res promissa, aut summa rei, aut locus, aut dies verbo ambiguo comprehensa sunt stipulatione, ut dubites, quid ex pluribus, quantum, quo loco, aut quo die promissum petere debeas. In re ambiguitas est; ut cum Stichum stipulor, et plures sunt servi eiusdem nominis. In summa, ut si stipuler tot libras argenti, et verbo *libræ* alia atque alia res significetur; tot frumenti modios, cum diversæ sint mensuræ. In loco, ut si stipuler Carthagini, et duæ sint Carthagines, ut olim fuisse constat, unam in Hispania, alteram in Africa. In die, ut si stipuler dari Calendis, cum plures sint Calendæ. De hoc genere duo quæruntur. Primum, an stipulatio ambigua, quia, qua de re consenserint contrahentes, et an dissenserint, non intelligitur, valeat, necne. Proximum, si valet, quando verba duas sententias exprimunt, utram sequamur.

2 De priore ita statuendum videtur. † Si, cum de re promissa constat, ambiguitas tantum est in verbo temporis, aut loci, aut summæ: nihil proponitur cur stipulatio non valeat, etiam si probetur promissorem aliud sensisse, quam stipulator stipulatus est. Dum enim constet de re promissa, semper verum erit, utrumque in rem aliquam consensisse; ita valebit stipulatio ex consensu. Nam in tempore solvendi, in loco, in summa et quantitate stipulationis si quid varium est: tamen nihil continetur, nisi plus, aut minus; plus est in loco remotiore solvere, quam in propinquiore; plus proximis Calendis dare, quam tertiis, aut quartis. §. *plus autem, et seqq. Inst. de act.* Atqui, sive stipulator plus stipulatur, promissor minus respondet; sive ille stipulatur minus, hic plus promittit: semper ambo saltem in minorem summam consentire intelliguntur; in maiori enim summa inest minor: proindeque semper hactenus stipulatio contrahitur. *L.* 1. §. *si stipulanti, D. de verb. obl.*

Quod † si ambiguitas in re sit, ut si stipuler fundum Cornelianum tuum, et duos habeas eiusdem nominis fundos: si stipulator de uno senserit, quem nunc petat, promissor autem de alio: stipulatio non valebit, quoniam non consenserunt de re inter se, ac † stipulatio nisi ex utriusque consensu non valet. *L. inter.* §. 1. *L. continuus.* §. 1. *D. de verb. obl.* Quod † sic interpretandum est, si quidem promissor, qui se de alia re sensisse dicit, id etiam probet; aliter ei fides non 3 4 5

non habebitur: sic fiet, ut, eo non probante, stipulatio hic quoque valeat, tantumque hoc quæratur, de utra ambo senserint.

Restat, cum stipulatio valebit, ut quærendum sit, utrum ex iis valeat, quæ ambiguus sermo exprimit: quod hoc capite, *et L. cum*
6 *quæritur, infr.* deciditur. Hic vero † prima cautio est, ut videamus, quid actum sit. De eo si constabit: id valet, idque sequendum est, ut hic, et *L. semper in stipulationibus.*
7 *D. de reg. iur.* Merito. Nam, si † id actum intelligimus, quod a contrahentibus cogitatum est, idest id, de quo contrahentes senserunt: *L. qui cum tutoribus*, §. *ult. D. de trans.* pro eo haberi debet, ac si contrahentes in ser-
8 mone ambiguo id dixissent. † Id enim existimatur quisque in sermone ambiguo dixisse, quod voluit. *L.* 3. *supr. eod.* ac vult quisque id, de quo senserit. Nemo autem dubitat, id valere in contractu, quod aperte contrahentes dixerint. Sed prius constare debet, hoc
9 actum esse, quod intendimus: quod † evidenter probare potest stipulator hoc modo, si doceat, se ab initio certum fundum Cornelianum demonstrasse, quem sibi dari vellet: de quo cum convenisset, postea stipulationem ita esse interpositam, fundum Cornelianum dari; item hoc modo, si doceat, promissorem de eo fundo non potuisse cogitare, de quo se dicit sensisse, vel quod promissor eum fundum tunc non habuerit, cum promitteret, arg. *L. qui cum tutoribus.* §. *ult. D. de trans.* vel quod non putaverit se habere, propterea quod is fundus illi ex hereditate obtigisset; nesciret autem ipse, eum fundum esse hereditarium. *L. non est ferendus, in fin. D. de trans.* Quibus argumentis et reus pro se uti potest, si eadem contra de se, aut stipulatore doceat.

Quid ergo, si nulla evidens sit huiusmodi
10 probatio? Non hic consistimus: sed † præcipitur, id esse inspiciendum, quod est verisimilius; quod eiusmodi est, id actum esse: proinde sequendum. *L. in obscuris, D. de reg. iur.*

11 Quæ vero hic † coniecturæ, et argumenta dantur, quibus verisimile fiat quid actum esse? Duæ omnino hic coniecturæ a veteribus receptæ et constitutæ sunt, quibus utamur. Primum cavetur, ut videamus, utrum ex una sententia, quam verbum ambiguum exprimit, stipulatio valeat, ex altera non valeat. Id
12 cum usu venit, † pro certo habendum est, de eo sensisse contrahentes, quod facit, ut stipulatio valeat; neque enim credibile est, eos ludere voluisse, quos apparet dedisse operam, ut aliquid inter se agerent. Hinc regula nata.
13 † In ambiguis id agendum, ut res valeat, ut sit res in tuto; quæ hic traditur *in fi. et L. quoties in stipulationibus, D. de verb. obl.* de qua dixi pluribus ad *L. quoties in actionibus, supr. eod.* Sed hoc capite duo adiiciuntur: nempe hæc, † dum res sit bo- 14
na fide contracta, et nihil aperte contra leges factum sit. Hoc ideo, ne forte hoc generaliter dictum, id agendum esse ut res valeat, sic accipiamus, quasi in ambiguis stipulationem sine exceptione tueri oporteat, sive res erit bona fide contracta, sive non erit: et sive quid secundum leges cautum erit, sive contra: sed ut ambiguam stipulationem ita interpretemur valere, ut ipsa, si nullam ambiguitatem contineret, valeret: ne plus tribuamus ambiguæ stipulationi, quam certæ, quod esset absurdum. Certa stipulatio, idest in qua rem certam, et designatam stipulati sumus, † non valet, si mala fide res gesta 15
sit. *L. bonam. C. de obli. et act. L. si quis cum aliter. D. de verb. obl.* Est autem gesta mala fide, quæ dolo aut metu gesta est. Nam † dolus et metus contraria sunt bonæ fidei. 16
L. 3. §. *ult. supr. pro soc. L. nihil consensui, D. de reg. iur.* Sed etsi res contracta sit bona fide, † non valet, quod actum est, 17
si quid, quamvis certum, contra legem promissum sit, veluti, si quis pecuniam iudici aut adversario promiserit. Nam si pecuniam hoc nomine datam licet repetere: *L. 1. D. de calum.* multo magis, hac promissa, reus adversus stipulantem aut ipso iure, aut saltem exceptione tutus erit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Hæc de certa stipulatione si recte dicuntur: absurdum sit putare, stipulationem in qua eadem intervenerint, eo magis valere, quia in ea ambigue aliquid stipulati simus.

Si ex utraque sententia, quæ ambiguo sermone exprimitur, pariter fit, ut quid debeatur, ut si tot modii, tot libræ argenti sint promissæ, cum et modii sint varii, et libra varie accipiatur: proximum esse præcipitur, ut † videamus, verbum ambiguum quo mo- 18
do in ea regione, in qua res gesta est, usurpetur. † Verisimile est enim, contrahentes 19
more in ea regione usitato locutos esse, tanquam illis, ut noto, et communi, ita magis familiari: vel quod ita loquendum sibi putarent, ut ab iis quibuscum in ea regione contrahunt, et quibus præsentibus res geritur, intelligerentur. Ergo hoc quoque sequendum esse traditur. *d. L. semper in stipulationibus, D. de reg. iur.*

Extra hæc nihil occurrit, quo hoc potius, quam illud inter duos actum esse existimetur. Ita hactenus par est utriusque, idest stipulatoris, et promissoris caussa, quorum scilicet

licet uterque affirmat, quid actum esse de ea re, et pro utroque verbum ambiguum facit. Quid igitur hic fiet? Restat, ut sequamur in hac re communem regulam iuris, quæ ef-
20 ficit, † in pari caussa potiorem esse caussam eius, unde petitur: reo potius favendum, quam actori. *L. in pari. L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.* Nempe ergo id fiet, quod in hac specie traditur in *L. cum quæritur*, 26. *infr. et L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *D. de verb. obl.* cum quæritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitatem contra stipulatorem esse. Quod ita interpretandum est, cum quæritur, quid actum sit; et ita quæritur, ut nullis coniecturis possit constare, quidnam id sit: tum ambiguitas, quæ tum vere relinquitur, contra stipulatorem interpretanda est. Nam, si verisimile sit, hoc potius actum esse, quod stipulatori utile sit: id sequi nos debere iam effectum est. Quid est autem in ambiguo, quod acceptum stipulatori noceat, prosit promissori? Quod est minimum in rebus; in temporibus quod est longissimum propter dilationem. Hoc est igitur, quod hæc rursum in obscuris sequenda esse dicimus. *L. semper in obscuris. L. semper in stipulationibus, in fi. D. de reg. iur. L. si ita*, 109. *D. de verb. oblig.*

Ad L. Cum pubere. 22.

Iavolenus **libro 5. ex Cassio**

Cum pubere filio mater naufragio periit. Cum explorari non possit uter prior extinctus sit: humanius est credere, filium diutius vixisse.

Ad L. Si mulier. 23.

Caius **lib. 5. ad legem Juliam et Pap.**

Si mulier cum filio impubere naufragio periit: priorem filium necatum esse intelligitur.

Dixi ad L. qui duos §. 1. *supra.*

Ad L. Cum in testamento. 24.

Marcellus **libro 18. Digestorum.**

Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est: benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

S U M M A R I A.

1. *Cum ambigue, aut perperam in testamento scriptum est, verisimilem testatoris voluntatem sequi debemus.*
2. *Recensentur coniecturæ, quibus deprehendi potest, quid verisimile sit, testatorem sensisse.* et n. seqq.
8. *In re ambigua, si voluntas non appareat, legatario debetur quod minimum est.*

CUM in testamento scriptum est aliquid ambigue (cuius generis exempla proposuimus in *L. ubi supr. eod.*) aut etim scriptum est perperam, idest ita, ut aliud exprimat testator verbis, quam sentiat, cuius rei exemplum habes in *L. si is qui ducenta*, §. *ult. supr.* † debemus scriptum be- 1
nigne interpretari, idest ita, ut legatum valeat, quoad verbis defendi potest: non autem intercidat propter obscuritatem. Hoc e-

nim benignitatis est rem non sinistre interpretari, ut accipias quod noceat, sed ut id potius quod prosit, et quo benigne fiat tum ei, qui dat, ut voluntas eius rata sit; tum ei, qui accipit, et generaliter debemus scriptum interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum.

Id certis coniecturis deprehendi potest, quæ a veteribus in hac re usurpatæ hoc loco a me, ut licebit, colligentur. Sunt autem hi quasi
2 gradus. † Principio videbimus, utrum res una, quæ verbo ambiguo exprimitur, fuerit ignota testatori, necne. Qui rem non novit, aut non novit eius nomen, non potest videri de ea cogitasse, ita necesse est, eum sensisse de altera, cuius rei exemplum est in *L. penult. hic.*

Si testatori ambæ res notæ sunt, quæ ver-
3 bo ambiguo declarantur: † videndum deinde an utroque sensu sit aliquid in legato: an uno sensu legatum reddatur inutile. Quod in cæteris caussis valere diximus, id multo magis valebit in suprema voluntate, ut sic accipiatur, quo utiliter legetur, non inutiliter. *L. si quando, de leg.* 1. dixi ad *L. quoties in actionibus, supr. eod.*

Si utraque sententia pariter legatum valet,
4 † animadverti debebit, num testator duas res sub alternatione legaverit. Nam, cum id fecit, recte interpretabimur, auctore Papiniano, eum verbo ambiguo de ea re sensisse, quæ a pretio alterius rei minus recedit. *L.* 1. *supr. eod.*

5 Si nihil huiusmodi est: † exquirenda erit primum consuetudo testatoris in usu eius verbi: qui si nullus erit privatim, tum deinde exquiretur mos regionis. *L. si servus plurium.* 50. §. *ult. D. de leg.* 1. *L. nummis*, 75. *D. de leg.* 3. Nam quo modo loqui ante solitus fuit testator, et verbum usurpare, aut quo modo eius regionis homines loquuntur, ita locutus videtur in testamento. Hic usus si ne in more quidem regionis ullus proprius
6 fuit: † consuletur contextus testamenti, idest, quæ præcedunt verba, et quæ sequuntur *d. L. nummis, de leg.* 3. *d. L. si servus*, §. *ul. de leg.* 1. Nam si testator aliqua parte testamenti demonstravit certum Titium, aut declaravit, quo modo libram intelligeret: si postea indefinite leget *Titio*, aut indefinite leget *libram*: de eodem illo Titio, deque eo genere libræ sensisse intelligitur, quod prius demonstravit. Si enim de alia re sentiret: exprimeret, ne quid ambigui in ipsius voluntate relinqueretur, quod homines a suis iudiciis supremis abesse volunt, quo magis enim cupiunt voluntatem suam exitum habere: eo magis laborant, ut intelligantur, adde, quod tandiu quemque in eadem re, eademque appellatione similem sui existimare debemus, quandiu nihil appareat, cum ab eo, quod prius sentiebat, et cogitabat, recessisse.

Si ne hic quidem quidquam datur ad coniecturam, † ad extremum persona legatarii 7
erit spectanda. In eo videndum erit, quæ sit eius dignitas, quæ testatoris erga eum benevolentia, et caritas, quæ cum eo necessitudo. *d. L. si servus plurium*, §. *ult. de leg.* 1. Maiorem enim honorem habitum esse voluit testator magistratui, quam privato; amico et coniuncto, quam extraneo, ut dicendum sit, si verbo *nummorum* diversi nummi significentur; aut quæratur, ubi legatum sit præstandum, quod maius est, et legatario commodius, de eo testatorem sensisse videri. Arg. *L. sed etsi suscepit.* §. *sed etsi proponas, D. de iud.* Hæc sunt, quæ quidem nunc occurrant, quibus credibile fiat, hoc aut illud cogitatum, quod sequendum esse hic dicimus.

Quid ergo, si nihil eorum, quæ supra scripta sunt, aut similium rerum occurrit, unde possit intelligi, quid testator senserit? Non ideo legatum non valebit: sed, † quod 8
supra dictum est in contractibus, valet hic quoque in testamentis, nempe ut, quod salvo legato fiat, id debeatur, quod est minimum. *d. L. nummis, de leg.* 3. *L. cum servus*, 39. §. *scio. L. legato.* 37. §. *ult. supr. de leg.* 1. Sed in hac re omnium appositissimum exemplum habemus in *L. Titia*, §. *ult. supr. de aur. et argen. le.* Proponitur testator iussisse poni statuam certam in illa æde sacra ex libris centum, nec addidit auream, argenteam, aut æream. Scævola respondit, cum in eo templo non nisi aut aurea (sic enim legendum esse mox ostendam) aut argentea tantum essent dona, argenteam statuam poni debere. Cur non dixi æream potius, cum ex supra scriptis constet, in re obscura, quod minimum est, deberi? Quia, si dixerimus, æream designatam, nihil debebitur. Nam in eo templo æreæ poni non solebant. Rursum cur non dixit deberi auream? Ut intelligeretur, quod supra definivi, quod salvo legato fiat, minimum deberi. Salvum legatum est, si aliqua statua ponitur aut argentea, aut aurea, ex his igitur debebitur, quod est minimum. Quod cum ita sit, ut idem in testamentis hic placere animadvertamus, quod supra in contractibus dictum est; bene generaliter ita comprehensum est regula iuris, *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.* L. semper in obscuris, *D. de reg. iur.*

Ad L.

Ad L. Quem heredi 25.

Celsus libro 22. Digestorum.

Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto: cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto. Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est.

S U M M A R I A.

1. *Inutilis est institutio, et legatum, persona heredis, vel legatarii non adscripta.* et n. 2.
3. *An valeat hoc modo legatum*: Cui ut det heres meus dixero, ei heres meus X. dato, *si appareat, de quo cogitaverit*, et n. seqq.
5. *Dicit et qui verbis, et qui verbis, et qui nutu declarat.*

1 SCire oportet, † inutilem esse institutionem, ubi heres certus non demonstratur testamento. *L. quoties*, §. *si quis nomen*,
2 *supr. de her. inst.* similiter † inutile esse legatum, persona legatarii non adscripta. *L. Paulus supr. eod.* Hinc dubitatio de hoc genere legati, quod hic proponitur, an valeat:
3 † *cui ut det heres meus, dixero, ei heres meus decem dato.* Hic enim verbis testamenti neque nominatus est legatarius, neque ita demonstratus, ut intelligatur, quis sit. Celsus statuit, dummodo testator postea dicat, aut etiam demonstret, quem velit, quibuscunque argumentis id probari possit, legatum valere.
4 Potest et in hac specie hoc dubitari, † an satis sit intelligi, de quo testator senserit, tametsi eum non dixisset verbis; cum nominatim ei legaverit, cui se dari velle dixisset. Et Celsus ait hoc satis esse. Recte utrumque. Nam si demonstratio quæritur in hoc legato: is satis demonstratur, qui ita designatus est, ut, aliqua re postea secuta intelligi possit, hunc ipsum esse, quem testator indicaret. Si dicentem quærimus: dicit, quisquis aliqua nota, et significatione voluntatem suam exprimit. † Dicit igitur et qui verbis, et qui scri- 5
pto, et qui nutu declarat, quid velit: certe quidquid eiusmodi est, pro dicto habendum est. Verba enim sunt rerum notæ, quæ utrum hoc, an illo modo notentur, nihil refert. §. *si quis in nomine*, *Inst. de legat.*

Ad L. Cum quæritur. 26.

Idem libro 26. Digestorum.

Cum quæritur, in stipulatione quod actum sit: ambiguitas contra stipulatorem est.

Vide ad L. Ubi, supr.

Ad L. Si quis 27.

Modestinus libro 1. Regularum.

Si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat de quo manumittendo testator senserit: nulli eorum fideicommissaria competit libertas.

Dixi ad L. si quis fuerit, supr.

Ad L. Qui habebat. 28.

Iavolenus lib. 3. ex posteriorib. Labeonis.

Qui habebat Flaccum fullonem, et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat. Quis eorum, et num uterque debetur? Placuit, primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset. Quod si non apparet: primum inspiciendum esse, an nomina servorum dominus nota habuisset. Quod si habuisset: eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset. Sin autem ignorata nomina servorum essent: pistorem legatum videri, perinde ac si nomen ei adiectum non esset.

SUMMARIA.

1. *Nec error nominis, neque falsa demonstratio nocet legato.* et n. 3.

2. *Si is, qui habebat Flaccum fullonem, et Philonicum pistorem, legaverit Flaccum Pistorem, uter debeatur.* et n. 3.

QUI habebat Flaccum, qui erat fullo, et Philonicum, qui erat pistor, uxori Flaccum pistorem legavit. Quærit Iabolenus, *Qui eorum, et num uterque debebitur?* significans, aut utrumque, aut alterum saltem deberi. Sed cur non quærit, an neuter potius debeatur? dici enim potest, neutrum deberi, quippe Flaccus pistor legatus est: nullus est autem Flaccus pistor. Hoc ideo ab illo quæsitum non est, quia, si uterque non debetur: tamen constat, aut Flaccum legatum esse, quem falsa demonstratione pistorem nominavit: aut certe legatum esse pistorem, quem falso nomine appellavit Flaccum. Sive Flaccus legatus est; is debebitur, quamvis Flaccus pistor non sit. Sive legatus est pistor; is quoque debebitur, quamvis Flaccus non vocetur. Illic falsa demonstratio est: hic
1 error in nomine, quorum † utrumque legato non nocet. §. *si quis in nomine, et seq. Inst. de leg.* Bene igitur hoc pro confesso sumpsit Iabolenus ex iure, aut utrumque, aut alte-
2 rum saltem deberi. Respondet ipse, † alterum deberi, non utrumque, et simul uter videatur legatus, explicat.

Sed cur non prius docet, utrumque non deberi, cum dici possit, utrumque legatum esse, cum utrumque testator nominarit; et, si de interpretatione voluntatis quærendum est, id sumi oportere dicatur, quod est plenius? *L. in testamentis, D. de reg. iur.* Bene hoc quoque pro certo sumpsit, utrumque non esse legatum. Apparet enim, testatorem non sic Flaccum pistorem nominasse, quasi duos vellet legare, Flaccum videlicet, et eum, qui est pistor: alioqui ita coniunctim dixisset, *Flaccum et Pistorem, do lego*: sed aut unum legasse Flaccum, quem falso ex artificio pistorem nominaverit: aut legasse pistorem, quem falso nomine Flaccum appellarit.

Quod cum ita sit: solum in hac specie quærendum fuit, uter potius legatus videatur, Flaccus, an pistor, cui nomen est Philonico. De quo respondet Iabolenus, atque ita statuit: ut si testator nomina servorum nota habuerit, Flaccus debeatur, qui nominatus est: quippe testator sciens hunc legavit. Non debebitur pistor, quia utrumque non deberi effectum est; nec nocebit falsa demonstratio, qua etiam nominavit pistorem, qui non erat pistor: iam enim dixi † falsam demonstratio- 3
nem non obesse. *L. falsa, infr. de cond. et demon.* Quod si ignota testatori nomina servorum essent: ait pistorem legatum videri. Recte, non enim potest videri testator de eo sensisse, cuius nomen ignoravit. Nec vero error in nomine nocebit, ut supra dixi. Ita fiet, ut perinde sit legatus pistor, ac si nomen ei adiectum non esset.

Ad L.

Ad L. Plures *ult.*

Scævola lib. XVIII. Digestorum.

Plures testamento manumiserat in quibus Sabinum, et Cyprogeniam, cum quisque eorum ad tricesimum annum ætatis pervenisset: et cum liber quisque eorum esset, certam summam dari voluit: et coniuncta scriptura ita caverat: *Sabinæ, et Cyprogeniæ dari volo cum ad statutam ætatem pervenerint, singulis decem. Et hoc amplius alimentorum nomine in annos singulos quoad vivent, singulis decem.* Quæsitum est, utrum omnibus manumissis alimenta debeantur, an vero Sabinæ, et Cyprogeniæ solis? Respondi secundum ea quæ proponerentur, videri omnibus alimenta legata.

SUMMARIA.

1. *Si is, qui pluribus legaverat, adiiciat*, et hoc amplius singulis X. dari volo: *quibus dare voluisse credendum sit.* et n. seqq.

EXprimit Scævola in proposito exemplo
1 hanc sententiam; † cum testator eadem parte testamenti pluribus aliquid legat, aut relinquit (ut hic pluribus servis libertatem), si coniuncta scriptura quibusdam ex his nominatim aliquid leget, et eodem contextu adiiciat, *et hoc amplius singulis decem dari volo*: hoc verbo, *singulis*, indefinite scripto non tantum proximis istis legasse videtur, sed omnibus, de quibus coniuncta scriptura supra mentionem habuerit: ut quod infra datur indefinite, non ad proximos tantum pertineat, sed ad omnes, de quibus eadem parte testamenti testator scripserit.

Sed unde hoc sumit Scævola, cum rem referri ad proximos intersit heredis, ut minus præstet; in re autem ambigua dixerimus quod minimum est, deberi? *L. cum in testamento, supr. eod.* † Intelligitur hoc ex honore, quo testator communiter omnes initio est complexus. Quem enim animum erga aliquos se gerere testator ostendit, non prius verisimile erit, illum quidquam de eo remisisse, quam se plus uni, quam alii tributum velle demonstrarit. Quapropter, si quid est, quod verbis indefinitis pariter ad omnes possit referri, ad omnes pertinebit. Confirmatur hæc coniectura voluntatis multis argumentis iuris civilis, ut *L. quoties, infr. ad Treb. L. si plures, supr. de vulg.*

Sed cur adiecit Scævola legavisse testatorem quibusdam ex iis servis, quibus libertatem dederat, et scripsisse, quæ sequebantur, coniuncta scriptura? Quia, si testator primo complures servos liberos esse iussisset, deinde transiisset ad alia legata, aut alias res, et post alia multa ita legasset, *Sabinæ et Cyprogeniæ illud dari volo; hoc amplius singulis dari volo decem*: hæc oratio, *hoc amplius*, perspicue ad Sabinam et Cyprogeniam referretur. Non enim ea referri potest ad alios, quam de quibus loquitur testator; loquitur autem eo loco de Sabina et Cyprogenia: de cæteris servis non loquitur; quod ex eo apparet, quod sermonem de his institutum omiserat.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
C O M M E N T.

AD TITULUM D. DE RE IUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET INTERLOCUTIONIBUS.

S U M M A R I A.

1. *Rebus iudicatis stari oportere, sive iudex æquum pronuntiaverit, sive iniquum.*
2. *Quam iure fuerit hoc, et quanto reip. commodo constitutum.*
3. *Rerum partitio atque ordo.*
4. *Prætoris Edictum ex diversis huius tituli locis collectum, atque hic una et continuata rerum serie dispositum.*

NIHIL agit sententia iudicis ad ius nostrum consequendum, nisi sententiæ pareatur. Et nimirum hoc restabat in persecutione iuris nostri, ut cum secundum nos iudicatum esset, rei iudicatæ auctoritas statueretur, quod et factum est. In quo ita ius †
1 constitutum habemus, ut rebus iudicatis stari oporteat, sive iudex æquum dixerit, sive iniquum, dummodo provocatum non sit. Ex quo illa sunt: Rebus iudicatis, a quibus provocatum non est, standum esse *L.* 1. *C. de reb. iud. L. cum prolatis, D. eod.* Item res iudicatas, sive sententias rescindi non posse. *L.* 2. *C. sent. resc. non posse.* Item post rem iudicatam nihil amplius quæri. *L. post rem, D. de re iud.* Quod † ita
2 statui in primis conveniebat. Nam nisi hoc fit, duo magna incommoda consequentur in Rempub. Unum, quod nemo unquam ad ius suum pervenire poterit: quam unam tamen ob caussam iudicia quæsita sunt. Quid enim sperandum est ei qui aget, ubi is, cum quo agetur, semper hoc caussabitur se non debuisse, eoque se immerito condemnatum? Alterum, quod isto modo nullus erit litium finis: quo malo nihil est paci, et concordiæ civium, quibus rebus maxime stant Respublicæ, magis contrarium. Ut si aliis in rebus omnibus propter utilitatem publicam finiendis litibus maxime studuerunt legislatores: hic præcipue, idest in iudiciis, quæ dirimendarum litium caussa constituta sunt, ei rei fuerit consulendum. Quantopere autem id caverint iuris auctores, ut aliquis finis litium esset, hi loci declarabunt. *L. ult. D. pro suo, L. fratris, C. de trans.* L. *quidam, D. si cert. pet.* Hic vero sita vis est et effectus, et illa, quæ nominatur tot locis, auctoritas rerum iudicatarum. Sic enim appellatur in *L. non minorem, C. de trans. L. pen. C. de re iud. et in L. servo* 65. *§. cum præt. D. ad Treb.* Quo loco scriptum est pulice interesse, hanc integram conservari. Quo constituto cœperunt † hæc quæri de rebus iudicatis: quæ 3
sit res iudicata: an omni sententiæ sine exceptione parendum, quando multa incidunt, ut ei stare iniquum videatur: si parendum est, et adversarius recusat, quæ sit ratio, qua sententia mandetur executioni. Hæc executio an pariter adversus omnes, an in omnibus caussis, in summa quando usurpetur. Quibus in rebus consumitur is titulus, qui legitur in Pandectis hac inscriptione. *De re iudicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus.* Et quoniam de his rebus edictum prætoris fuisse constat, quod Iurisconsulti sub hoc titulo sint interpretati, ut apparet ex *L.* 4. *§. ait prætor, et* L. 5. *infr. eod.* ne quid hic quoque ad interpretationem tituli, et iuris veteris, quod de hoc genere fuit, deesset: id edictum quam proxime consequi potuimus, ad veterum imitationem informare conati sumus. Id † nunc 4
subiiciam.

EDI-

EDICTUM,

SEU

SUMMA DE VI ET EFFECTU

ATQUE

AUCTORITATE RERUM IUDICATARUM,

Sententiam totius Tituli, *de re iudicata*, breviter continens:

SI res, qua de agitur ab eo, cuius de ea re Iurisdictio est [a], *iudicata* [b] *esse dicetur, si non et a sententia provocatum erit* [c], *condemnatus ut pecuniam solvat* [d].

[a] Vide *L. ait prætor*, 5. *inf. eod.* [b] Hinc quæsitum, quid sit res iudicata, quod definitum est in *L.* 1. *inf.* [c] ex *L. præses*, 27 et *L. cum prolatis*, 32. *eod.* [d] Sic leguntur hæc verba in *L.* 4. §. *ait*, *inf.*

Si non solvet [e]: *in ipsum* [f], *ei cuius ea res erit* [g], *post statutum iudicatis ad solvendum tempus* [h] *actionem dabo* [i], *ut res eius, prout quæque facillime emptorem inventura videbitur, pignori capiantur et distrahantur* [l], *unde iudicatis satisfiat* [m].

[e] Hic locus est, in quo Labeo adiici debuisse dicebat illa verba, neque eo nomine satisfaciat. *L.* 4. §. 1. *inf. eod.* [f] ex L. miles §. *ult.* [h] ex *L.* 2. *et L. debitoribus*, 31. *infr. eod.* [i] ex *d. L. miles*, §. 1. *et* §. *ult.* [l] Hic ordo executionis iudicati, cuius mentio est in *L.* 4. §. *si ex conventione*, *inf.* qui exponitur pluribus ex professo in *L. a Divo Pio*, §. *In venditione* et deinceps, [m] ex *d. L. debitoribus*, 31.

Menses quatuor condemnato ad solvendum iusti erunt. Si minorem, amplioremve diem a me litigatores petent, uti res erit, aut minuam, aut prorogabo [a].

[a] Vide, quæ scripsi ad *L.* 2. *inf.*

Si reus absolutus erit, eius rei, de qua actum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo [b].

[b] Hinc exceptio rei iudicatæ, de qua in §. *Item si in iudicio*, *Instit. de exception.* et tot. Tit. *D. de except. rei iud.* Clausula a me iisdem verbis concepta, quibus illa, qua exceptio ex iureiurando proposita est *L. ait prætor*, 7. *D. de iureiurando.*

Sed neque ea sententia, quæ contra leges, constitutionesve Principum, aut bonos mores erit: nec quæ manifestum errorem calculi continebit: nec ea, quæ caussa non cognita, aut non publice et palam, ac more maiorum: aut non præsentibus iis, inter quos res agetur, dicta fuerit: extra quam si uno absente, verum edictis legitime evocato, lata erit: nec quæ ex scripto recitata non erit, iudicati apud me vim habebit [c].

[c] Vide in hanc clausulam, quæ scripsi ad *L.* 4. §. *Condemnatum*, *infr. eod.*

Si quid a victore dolo malo factum esse dicetur, quo adversarius iudicio opprimeretur, in eum iudicati actionem non dabo [d].

[d] Vide quæ dixi ad L. *Divus*, 33. *inf. eod.*

Si plures eiusdem rei iudices dati fuerint, quod eorum maior pars cæteris præsentibus statuerit, pro iudicato apud me valebit: Inter pares numero iudices si diversæ sententiæ erunt, ea apud me obtinebit, quæ humanior esse videbitur [e].

[e] Ex L. Pomponius 36. et tribus. *LL. seqq. inf. eod.*

In parentem, liberos, fratrem, sororemve: item in patronum, liberos, parentesve patroni, patronæque: item in militem, qui sub armata militia stipendia fecerit: item in maritum, uxorem, sororem: item in eum, qui bonis cessit: item in emancipatum, exheredatumve, qui de eo convenietur, quod cum ipso, cum in aliena potestate esset, contractum erit: si condemnati erunt, in id dumtaxat, quod facere non deducto ære alieno poterant, actio erit. In eum, cum quo ex donationis caussa agetur, non nisi in id, quod deducto ære alieno facere poterit, actionem dabo [f].

[f] Locum hunc totum de his, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur, diligenter executus sum ad *L. sunt qui*, 16. *et L. inter*, 19. et aliquot capita sequentia. *infr. eod.* sed iam ad interpretationem tituli accedimus.

AD INSCRIPTIONIS VERBA

DE RE IUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM ET DE INTERLOCUTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Interlocutio quid sit.*

2. *Interlocutionis exempla; et quibus in iudicii partibus interlocutio adhibeatur.*

RES iudicata quid sit, quid item sententia? tum quid alterum distet ab altero, opportune diximus ad *L. 1. inf.* Sententiarum effectus is, quem supra indicavi. Additum est de interlocutionibus, ut et differentibus intelligeretur magis, quid sit sententia, cui standum esse dicimus. Vox est
1 autem † interlocutio iuris auctoribus usitata, quæ et hic occurrit, et in *L. a Divo 15. in venditione, inf. eod. et in C. Tit. de sen. et interlocut. L. 4. C. comminat. vel epist. L. 9. §. sed quod prætor, D. quod met. causs.* Est autem [1] interloqui, interim, dum de re principaliter agitur, loqui et [2] dicere, quæ ad caussam promovendam pertinent, quo iudicium ad finem
2 propositum producatur. Utputa in † executione, de qua tractatur in *d. §. in venditione*, agitur principaliter, ut distrahantur res captæ, atque inde pecunia conficiatur. Ad hoc perveniri non potest, nisi capiantur pignora iussu iudicis, et simul capta veneant. Hæc fieri si iubet magistratus: quia interim loquitur, quæ ad rem exequendam pertinent, ideo dicitur interloqui, ut fiant. Cuiusmodi est etiam, cum iubet, ut litigatores adsint, producantur testes, instrumenta proferantur, et si qua sunt similia, quæ spectant ad rem cognoscendam, ut re cognita postea statuatur. Ex quo sciri potest, an interlocutio sit sententia iudicis de re controversa. Et sane pronunciatio est iudicis, ac proinde sententia circa eam partem, de qua statuit. Sed non [3] est sententia, quæ per excellentiam nominis ita dicitur, cum intelligere volumus sententiam de re principali: quo fere sensu hoc verbum usurpatur: ut in hac inscriptione, et in *d. L. a Divo §. in venditione L. quod iussit, infr. eod.* Tit. *C. de sent. et interlocut. L. 4. C. comminat. vel epist. L. penult. C. quor. app. non rec.*

Ad L.

1) Bover. *Sing.* 63. *n.* 9. dici sic, quod iudex tanquam inter partes loquendo sine solemnitate scripturæ pronunciet. Duar. *ad L.* 1. *hoc tit.* interim loqui, dum fuerit sententia dicta vel exsecutio facta, sicuti interdictum inde dicitur. Nam ceu hoc non præiudicat proprietati, ita nec interlocutio caussam perimit, *L. post. sent.* 9. *C. de sent. et interloc. Græc.* διαλάλια *Nov.* 112.

2) Cum quid ad præparationem magis caussæ quam ad decisionem pertinens pronunciat *L.* 19. §. *dicere* 1. *de rec. arb.* Vulgo definitur: Omnis vox iudicis ad caussam faciens et principale negocium non determinans. Quam definitionem refellit Alb. Gentil. 3. *Lect.* 12. quod interrogationi iudicis competat. Ibidemque reprobat definitionem Cuiacii. Ipse sic, Emergentis vel incidentis facti iussus vel notatio vel prohibitio vel assertio iudicis. Germanicæ *Beyurtheil*, sicuti definitiva *Endurtheil.* Sneidv. in §. *curare* 32. *I. de act. n.* 5.

3) Nec itaque ex interlocutione iudicati actio nascitur (ut male Vaud. 1. Q. 23. n. 12.) Marant. *h. tit. de sent. n.* 22. Etsi statuto disponente de sententia absolute, hanc quoque contineri contendit Muscor. *de Jurisd. n.* 30. contra DD. vulgo et Marant. *dict.* 1. *Sent. n.* 52. sententiam semiplenam vocat Damh. *Prax. civ. C.* 144. *n.* 1. Incommode. Nam Augustinus ita nuncupat quæ non totam caussam dirimit, dum ait; Legibus iudex prohibetur semiplenam proferre sententiam citante, Cuiac. 23. *Obs.* 1. De interlocutoriis vid. A. Gent. 3. *Lect. et Epist.* 12. *et* 4. seqq. Menoch. *adip. poss. Remed.* 4. *n.* 802. et seqq. *et retin. poss. Remed.* 3. *n.* 839. *et seqq.* Sig. Scaccia 1. *de Jud.* 102. Lanc. Cont. *de Off. præt. in caus. civil. verbo: sentent.* Marant. *P.* 6. *tit. de sent. n.* 2. *usque ad n.* 47. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *Cap.* 12. Myns. 5. *Obs.* 88. Guid. Pap. *Quæst.* 10. *n.* 12. Petr. Matth. *in not. ad d. Q.* 12. Absolutio ab instantia definitiva sit, an interlocutoria, M. Ant. *de Amatis Decis.* 66. *Gail.* 1. *Obs.* 132. *n.* 5. *et* Scaccia 1. *de iudic.* 93. *n.* 4. distinguunt, ut si finem caussæ imponit, veluti quia pendente iudicio solutum est, definitiva sit, eiusve vim habeat; alias interlocutoria. Sententia in *L. diffamari* definitiva an interlocutoria? Blarer. in *L. diffamari Cap.* 9. *n.* 6. Contard. *ibid. C.* 5. *n.* 139. *et seqq.* et an quæ super possessorio. Vid. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 54. quæ in restitutione in integrum Odd. *de rest. in integr. P.* 1. *Q.* 40. *Artic.* 1. De aliis sententiis in quibus eadem dubitatio, vid. Marant. *d. tit. de sentent n.* 24. et seqq.

Ad L. Res iudicata. 1.

Modestinus lib. 7. Pandectarum.

Res iudicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit: quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.

SUMMARIA.

1. *Quid sit res iudicata, definitionis singulæ partes exponuntur.*
2. *Damnare unde dictum, quid sit; nihil interesse quibus verbis exprimat iudex condemnationem.*
3. *Absolvere quid sit, et quibus iudex in verbis exprimat.*
4. *Finem imponit controversiæ absolutio aut condemnatio certa dumtaxat.*
5. *Quæ in superiore rei iudicatæ definitione reprehendantur, et quomodo iis occurratur.* et n. 6.

RES *iudicata* in lege duodecim tabularum appellatur, ut indicavimus ad L. 2. appellatur, et in edicto. Ideo quid sit, definitione explicatur. Hanc esse definit Modestinus, in qua hæc sunt: quæ *finem accepit*: quæ accepit *controversiarum*: et accepit *pronunciatione iudicis.* Tum quomodo accipiat, docet: *quod* inquit, *condemnatione vel absolutione contingit.* Res hoc loco, *res* seu lis, de qua agitur, intelligenda est. Res finem accepit controversiarum, in qua lites et controversiæ quæ inerant, diremptæ et finitæ sunt. *Controversiarum* dixit, non controversiæ: quia si in re, de qua iudicio agitur, seu in lite plures erunt controversiæ, idest, si de pluribus rebus quæretur, nisi iudex [1] pronunciaverit de omnibus, nihil egit, ne in iis quidem, de quibus pronunciaverit. In eoque hæc regula tenenda est, in uno eodemque iudicio non posse rem iudicatam in partem valere, in partem non valere. L. *in hoc iudicio*, *D. fa. ercisc.* Hoc facit *L. qualem* §. 1. *D. de recept.* Quippe ad iudicem ita ventum est, ut litem dirimeret, itaque si secus fecit, iudicis officio functus non est, idest, non iudicavit. Evenit autem hoc in universalibus et generalibus iudiciis, ut uno in iudicio, unaque lite de pluribus rebus quæratur, seu plures sint controversiæ. Ut in petitione hereditatis, quod est iudicium de universitate, nempe hereditate, ut indicat *L.* 1. *D. de rei vind.* cum res omnes hereditariæ, itemque actiones, item pretia rerum hereditariarum veniant: sæpe evenit, ut de singulis, aut multis quæratur, cum dicitur aut has non esse hereditarias, aut istas, aut illas. Sic in actione pro socio, tutelæ, negociorum gestorum: quæ iudicata sunt generalia (sic enim nominatur in *L. pro socio*, 38. *D. pro soc.*) de his omnibus quæri potest, quid gesserit is, cum quo agitur, aut non gesserit, quæque res ex administratione ad eum pervenerint. Nam hæc omnia in hæc iudicia veniunt. Dixi in uno iudicio, unaque lite iudicem de omnibus controversiis pronunciare debere. Nam si plura erunt iudicia, pluresque lites, seu actiones inter eosdem constitutæ, quamvis apud eundem iudicem, ut si petam a te aliquid ex testamento, aliud ex empto, aliud ex mutui caussa: item aliud tutelæ nomine, idque eodem tempore: nihil vetat iudicem de una lite pronunciare separatim: et quod dixerit, valebit. *L. quid tamen in pr. D. de recept.* Additum est, [2] *pronunciatione iudicis.* Pronunciatio ipsa sententia est *L. cum prolatis* 32. *infr. eod. L.* 2. §. *ult. D. ad Turpil.* Res con-

1) Et plena esse debet sententia, vid. *tit. inscription. N.* 3. Petitis itaque 100. et probatis 50. ad 50. condemnatio fieri et in aliis absolvi debet reus, alias non valebit sententia. Bover *Sing.* 63. *n.* 6. Nec iudicium scindi potest ut de re iudicio deducta partim indicetur, partim non; sed totam caussam sententia dirmi oportet. *L.* 2. *et* 3. *C. Th. de sent. experic.* Et ob partem eam quæ omissa est, pars quoque ea de qua iudicatum est, pro non indicata habetur, ita Cuiac. 23. *Obs.* 1. Qui tamen *ibid. et* 12. *Obs.* 2. sententiam valere, etsi non de omnibus præstationibus, quæ in indicatum venerunt, quasque ex. gr. a se invicem coheredes in Famil. ercisc. iudicio petierunt, iudicatum sit, cum de uno capite litis feri possit sententia, ac tot sententiæ, quot litis capita per *L. pen.* (quam Cuiac. restituit *d. C.* 2.) *C. de sent. et interl. L.* 20. §. 4. *Fam. ercisc.* Quod *et DD. vulgo* probari. Vid. Vant. *de nullit. sentent. ex defect. process. n.* 100. ast Donello hic improbari videtur: In appellationis autem iudicio sententia prior partim confirmari partim infirmari potest. *L.* 47. *Fam. erc.* Cuiac. *d. loc.*

2) *L. pronunciatum* 46. *de V. S.* ubi vid. Gœd. an et quæ differrentia sit inter pronunciare et statuere.

controversa multis modis finiri potest, ut transactione *L. non minorem*, *C. de transact.* iureiurando *L.* 1. *et* 2. *D. de iureiur.* litis renunciatione. *L. postquam. C. de pact.* Sed non est res iudicata, idest iudicio finita, nisi quando finita est iudicis pronunciatione. Eum qui sententam dicit, iudicem esse oportet, idest eum, quod edicto expressum est, *cuius de ea re est iurisdictio*, de quo dicetur *L. ait*, *infr.* 10. et satis iam dictum est supra, cum de iurisdictione et potestate cuiusque iudicis in cognoscendo dissereremus. Ut res finem accipiat controversiarum iudicis pronunciatione, condemnatione, vel absolutione efficitur, inquit Modestinus neque aliter, quam puto, sic recte intelligitur. In omni lite, omnique accusatione, in omni iudicio denique est aliquid, quod actor intendat, et præstari a reo velit: reus neget se id subire, aut præstare oportere. Natura non potest dirimi hæc controversia, nisi iudex alterutrum pronuntiet, aut reum præstare debere, aut non debere. Porro qui pronunciat eum debere, ut fit in iudiciis privatis et pecuniariis, condemnat: qui pronunciat non debere, absolvit. Sic fit ut rem finire non possit iudex, nisi condemnet reum, aut absolvat. Unde intelligimus rem iudicatam non esse, ubi [3] iudicis sententia horum alterutrum non continet. Hinc illud Alexandri in L. 3. Cod. h. tit. *Præses provinciæ non ignorat definitivam sententiam: quæ condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi.* Dubitabitur fortassis, quid sit condemnare, aut absolvere, et quibus verbis horum alterutrum exponatur. De quibus ita habendum
2 est: Damnare, † et quod compositum pro simplici usurpatur condemnare, (ut remittere nuncium dicemus, pro mittere, et alia sententia similia) a damno dictum est, quod verbum deminutionem significat, auctore Paulo in *L.* 3. *D. de damn. inf.* Itaque damnare est, imperare hanc ipsam, patrimonii deminutionem, idest, iniungere alicui, ut in eo, quod ab eo petitur, aliquid dependat, præstetve de suo. Id quibuscunque [4] verbis exprimat iudex, condemnavit, *L. in sententiis* 59. *infr. eod.* Nam neque in hac re, neque in cæteris omnibus, quibus verbis quis utatur ad rem exprimendam, quidquam interest. Itaque hæc verba in hac re usitata esse legimus, Lucium Titium in centum aureos condemno: *in princ. tit. de offic. iud.* Item, centum, quæ ab illo habes, solve, *d. L. in sententiis*, *infr. L. pen. et ult. C. de sent. quæ sine cer. quan. pro.* Sed quamvis iudex nihil aperte tale iubeat, sed nec damnandi verbo utatur: existimandum est tamen eum condemnare et tunc, cum simpliciter pronunciat reum centum debere, tametsi nihil amplius adiiciat, *L. si prætor*, 75. *in pr. D. de iud.* Quippe hoc certo et explorato iure consequens est, si debet, etiam eum solvere, quod debet, et præstare oportere. In quam sententiam ita in *L.* 1. §. 1. *D. ad Turpil.* scriptum est: *si iudex ita pronunciat, Calumniatus es, condemnavit reum, et quamvis nihil de pœna subiecerit: tamen legis potestas adversus eum exercebitur.*
Absolvere † autem, liberare est. Proinde ab- 3
solvit reum sententia sua iudex, sive ab eo amplius quid peti vetet, sive eum nihil debere pronunciet. Nam et in arbitro hæc pronunciatio pro sententia valet: a quo, non minus, quam a iudice hoc exigimus, ut litem sententia sua finiat, *L. quid tamen*, §. *si arbitror. L. qualem*, §. *dicere*, *D. de rec.* Ideo au-

3) Vide Mathesilan. *ad d. L.* 3. *et ad L.* 11. *cod.* Error enim est Ant. Fabri tertium genus sententiæ comminiscentis, vid. *not. supr. Lib.* 18 *C.* 8. *N.* 21. Nec ferenda est eiusdem argutia 15. *Coniect.* 1. quod ex actionibus in personam solum sit condemnatio, ex realibus nulla. Quod vel ex hac iudicati definitione refellitur satis. Neque enim negari potest iudicatum etiam dici in actionem in rem. Cum et in *tit. de exc. rei iudicat.* passim de actione in rem agatur. Nec alicuius ponderis sunt obiecta Fabri, quæ alio tempore diluemus. Quæ autem alia continere debeat sententia, nempe nomina iudicis, litigantium, etc. vid. Maranta *tit. de sentent. n.* 47. et seq.

4) *L.* 21. §. 1. *de rec. arb.* Sarm. 1. *Select. interpret.* 13. *n.* 3. quia facti quæstione dirempta legis auctoritas succedit, et iuris effectus statim sequitur, ac ne quidem impediri a iudice potest *L. non poterit* 63. *de furt.* Vid. Vant. *de nullit. sent. ex defect. process. n.* 93. *et seq.* Confer Gail. 1. *Obs.* 2. *n.* 6. Quid si iudex non dicat se condemnare, sed pronunciet condemnandum vel absolvendum esse? Sarmient. 1. *select. interp.* 14. *n.* 2. et si crebrius probatum dicat, sententiam non valere (Maranta *tit. de sentent. n.* 15. *et n.* 125. Vant. *de nullit. ex defect. process. n.* 91.) contra tamen ipse sentit. (1) *per L.* 38. *de minor.* ibi: *pronunciavit restituendam.* Nam etsi illic Principis sententiam referri respondeant, significatio tamen verborum non alia, sive a Principe sive ab alio referatur. At etsi quoad potestatem iudicandi sententia Principis sibi plus vindicet, verborum tamen interpretatio omnibus eadem. (2) *per L. post legatum.* 5. §. 15. *de his quæ ut indig. L.* 4. *Cod. de accusat.* (3) Verba satis apta sunt ad litem dirimendam. Recte opinor. Non enim hanc vim habent quod condemnatio sequi debeat, sed quod condemnandus sit, idest, et actis iudicii ac fide probatorum constet eum succumbere debere. Quid quod ex veteri more pronunciabatur ita *videri*; de quo notavi *supr. Lib.* 26. *Civil. Commentar. C.* 2. *N.* 3. Obi. *L.* 7. §. 1. *de interd. et Releg.* Respond. Sarmient *d. loc.* et ibi vera sententia est præsidis in relegationem condemnantis, licet ipse qui pronunciaverit non exsequatur, quod et alias crebrum est. Non igitur recte Marsil. *Sing.* 200. sententiam condemnatoriam diversam esse ab ea, qua quis condemnandus iudicatur. Quod si ita esset, nulla foret hæc sententia, cum necesse sit ut condemnet vel absolvet. Quæritur an definitiva sic fieri possit: Pronuncio ut in consilio seu informatione Prudentis, si non addatur, et ita condemno. Vid. Pac. Scala *Lib.* 4. *de Consil. Sapient. Cap.* 12. qui vult ex rigore iuris sustineri non posse, cum declaratione egeat: Secus ex benigniori interpretatione, cum quæ in præfationibus dicuntur in seqq. tacite repetita videantur *L.* 18. *de cond. inst.* cumque actorum appellatione veniat id consilium, satis esse, si sententia in aliqua parte actorum certa sit.

autem hac pronunciatione reum absolvere dicitur, quia hoc modo reum iudicio, quo prius tenebatur, liberat. Nam et iudicium isto modo solvitur, et simul evenit, ut reus amplius eadem petitione non teneatur. Sed quod dici-
4 tur, † rem finem accipere controversiarum condemnatione vel absolutione, sic intelligendum est: condemnatione vel absolutione certa, sive quæ certam habeat quantitatem. Nam si ita pronunciavit iudex. Quoniam debes illi, solve, quod debes: non diremit controversiam. Hoc enim adhuc necesse est quæri, quantum debeatur. Idcirco receptum est, eam condemnationem non valere, quæ sine certa quantitate facta est, nisi parte aliqua actorum certa quantitas sit comprehensa, L. *pen. et tot. tit. C. de sent. quæ sin. cer. quan. prof.* Quod tamen id hoc loco prætermissum est, non caret defensione. Dici enim potest, incertam condemnationem, condemnationem non esse. Pro non dicto est enim quod dictum quid significet, non intelligitur, *L.* 2. *D. de his quæ pro non script. hab.* Ita fit, ut qui condemnationem nominavit, etsi nihil addat amplius; tamen vi ipsa satis intelligatur condemnationem, quæ certa sit, appellasse.

5 In hac definitione videntur † duo merito reprehendi posse. Unum, quod Modestinus rem iudicatam definit, litem, sive rem, de qua agitur. Ait enim rem esse, quæ finem accepit controversiarum. Est autem lis et res controversa, quæ hunc finem accepit. Alterum, quod tunc solum rem iudicatam esse dicit, cum res finem controversiarum accepit. Quorum utrumque falsum videtur. Nam primum res iudicata sententiam iudicis significat. Hæc vero non finem accipit controversiæ, sed imponit. Ex hac significatione illa sunt. Dicimus enim rei iudicatæ standum esse, *L. cum prolatis, infr. eod.* ubi nihil aliud intelligimus, quam sententiæ standum esse. Stare enim rei iudicatæ, est parere rei iudicatæ, non paremus autem liti et negotio quod nihil iniungit: sed paremus sententiæ quæ iniungit, ut solvamus, aut a nobis peti vetat. Dicimus rem iudicatam rescindi non posse, *L.* 2. *C. de sent. res. non poss.* quo non aliud declaratur, quam quod est in inscriptione eius tituli, nempe sententiam rescindi non posse. Dicimus item magistratum rem iudicatam exequi L. 3. *et* L. 4. *C. de exec. rei iud.* id ipsum, pro quo alibi dicitur magistratus sententiam exequi L. 2. L. *a Divo*, §. *si post. et seq. infr. eod.* sed et quod dicitur rem iudicatam nocere, aut prodesse iis solum, inter quos res acta est, L. 2. *et tot. tit. C. quib. res. iud. non noc.* quid significet, manifestum est. Neque enim res et caussa nocet, aut prodest litigatoribus: condemnatio est, et absolutio iudicis, idest sententia iudicis, quæ horum alterutrum continet. Iam vero quod dicit Modestin. rem iudicatam esse tum, cum res finem controversiarum accepit, ita dicit, quasi sententia lata a iudice, non sit res iudicata, nisi certum esse cœperit a sententia amplius appellari non posse. Certum est enim non esse finitam controversiam, quandiu a sententia appellari, atque ita de eadem re agi potest. Res enim iudicata dicitur, a qua appellatur, imo vero appellari non posset, nisi res esset a iudice iudicata, L. *eos*; *in pr.* L. *litigatorib. C. de appel.* De quibus
† paucis respondeo. Et primum de verbo 6
rei iudicatæ, ambiguum id esse, et non magis significare id rem controversam, de qua sententia fertur, quam sententiam iudicis. Nam et res controversa res est, de qua iudicamus: et sententia nostra est ipsum illud, quod iudicamus. Proinde et dicitur recte utrumque res iudicata; siquidem illud dicitur a nobis iudicari, et de quo iudicamus, et quod iudicamus. Sed maluit Modestin. rem [5] iudicatam definire eam, quæ finem accepit, sententiæ edicti fortasse serviens, in quo res iudicata pro re, de qua iudicatum est, accipitur. Sic enim verba fuerunt edicti: *Si res de qua agitur, iudicata esse dicetur*, idest res ipsa, quæ in iudicium venit, et de qua iudicium factum est. De quo dixi ad *L. ait prætor, infr. eod.* Quanquam utrum potius definitione explicetur, sententiane, an res iudicata, ad rem omnino nihil, aut parum admodum interest. Nam ex re, quæ finem controversiarum accipit pronunciatione iudicis, satis hanc ipsam pronunciationem intelligimus: quæ finem imponit; et contra, ex iudicio et sententia iudicis de re controversa non possumus natura, quin eam rem una intelligamus, de qua sententia fertur, idest, quæ hunc finem sententia accipit. Relata sunt hæc inter se, res quæ accipit finem, et res quæ imponit: quorum

5) *Duar. ad L.* 1. *h. t.* Res iudicata significat magis caussam et litem quæ sententia finitur *L.* 1. *h. t.* Cic. 2. *de invent.* Quia vero hæc ita coniuncta, nec separari possunt, sæpe alterum pro alio metonymice sumitur, ut executio rei iudicatæ, rebus iudicatis standum esse, etc. add. Monach. *Pract. P.* 15. *C.* 1. *n.* 3. Sententia ut a re iudicata differat, Robert. 1. *Sent.* 23. Cuiac. *ad C.* 1. *extra h. tit.*

rum unum ab altero habet, ut sit: ut proinde uno posito necesse sit continuo alterum statui, et intelligi, quod ei ex adverso respondeat.

De fine controversiarum, quod secundo loco reprehendebatur, sit hoc responsum. Postquam sententia lata est, [6] res iudicata est. Nec aliud est iudicare, quam sententiam ferre, ut colligere licet ex L. *de qua re*, *D. de iud.* iuncta L. *iudex*, 55. L. *antep. infr. eod.* Etiam illud concedimus, quod et verum est, sententia lata, et quod idem valet, re iudicata non ita finem imponi controversiis, ut de eadem re amplius agi non possit. A sententia enim appellari potest superior iudex, qui eadem de re amplius cognoscat, et iudicet, et si faciendum esse videbitur, prioris iudicis sententiam rescindat. Sed non eo minus vera est Modestini definitio, sive scribentis sententiam, sive verba spectamus. Nam quod ad sententiam attinet, non dubito, quin ille hoc sentiat, non rem iudicatam esse eam, quæ plane et re ipsa finem acceperit controversiarum: sed quæ [7] acceperit mente et proposito iudicantis: idest, eam, de qua hac mente pronunciaverit iudex, ut per hoc vellet finem liti imponi, et litigatores ab omni controversia discedere, quod illi contingere ait condemnatione, vel absolutione. Hoc de sententia ab arbitro dicta, seu de re ab arbitro iudicata scripsit Ulpianus in L. *qualem*, §. *dicere*, *D. de* recept. *Dicere autem sententiam*, inquit, *existimamus eum*, *qui ea mente quid pronunciat*, *ut secundum id discedere eos* (litigatores intellige) *a tota controversia velit*: quod perinde est, ac si diceret, et tunc quoque rem ab arbitro iudicari. Neque vero aliter sententia dicitur, et res iudicatur ab arbitro, aliter a iudice, ut quidem lis dirimatur, sed nec ad finiendam controversiam inter utriusque sententiam quidquam interest; nisi quod arbitri sententiæ vis maior, ut cui standum sit, sive æquum, sive iniquum arbiter dixerit, propter pœnam arbitrio compromissam, *L. societatem*, 76. §. *ult. D. pro socio.* Quare quod ab Ulpiano de sententia arbitri, et re ab eo iudicata dictum est, hoc ipsum et hoc loco de re a iudice iudicata a Modestino dictum esse existimandum est. Quod si quis neglecta auctoris sententia, quæ et ex conditione ipsius rei, de qua agitur, et ex aliis locis facile colligatur, verba definitionis urgeat: etiam secundum verba est, quod commode respondemus: rem iudicatam nimirum esse, quæ vere etiam finem controversiarum acceperit, non quidem apud novos iudices, si qui de ea re postea inducantur: attamen in eo iudicio, quo antea agebatur, et apud eum iudicem, apud quem agebatur. Nam re iudicata et prius iudicium finitur, et qui iudicavit, iudex esse desinit: denique sic apud eum finiuntur omnes controversiæ, ut ne hoc quidem illi concedatur, sententiam suam corrigere, etsi male iudicarit, *L. iudex*, 55. *inf. eod.* Hoc vero ad defensionem superioris definitionis est satis. Ut enim verum sit rem finem accepisse controversiarum; satis est id contigisse apud aliquem, aut in iudicio aliquo, etiamsi non apud omnes, neque in iudiciis omnibus. Sed et in hoc fine præsens iudicium, et præsentem iudicem, non novum intelligi debere, satis definito ipso declaratur; ut enim res iudicata est, non quæ apud omnes iudicata est, sed quæ apud eum, qui sententiam dixit: sic finem controversiæ accepisse eam interpretari debemus, quæ finem accepit apud eum, qui iudicavit; non etiam apud cæteros: alioqui plus definitione complectemur, quam sit in eo, quod definitur.

Ad L.

6) Et ita *com. gl. et* DD. tradere ut et res iudicata dicatur quæ appellatione suspendi potest, scribit. Vasq. 2. *contr. usufreq.* 35. *n.* 2. Et consentit Duar. ad *L.* 1. *h. t.* licet aliquando contra usurpari dicat ut *L.* 23. §. 1. *de cond. ind.* Quomodo sententia dicitur transire in rem iudicatam *C. quod ad consultat.* 15. *extra h. t.* Verum immo rectius alii Coras. ad *L. ingen.* 25. *de sta. hom. n.* 2. P. Fab. ad *L.* 207. *de R. I. pag.* 90. Cagnol. *ibid. n.* 6. Gœd. *in Clem. un. de sequestrat. n.* 790. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 12. *n.* 86. proprie rem iudicatam dici cum appellationis, aliave ex caussa pronunciatum impediri, suspendi, rescindi nequit. Sententiam vero, etiam cum ab ea provocatum est vel provocari potest. Quod liquido probant *d. L.* 23. §. 1. *et alia LL. a* Gœd. *citatæ*. Neque legimus sententiam pro veritate haberi, uti rem iudicatam, Coras. *d. loc.* Quod faciunt et confirmant. quæ fuse tradit Lancell. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4. *præfat. n.* 250. *et seqq.* quia lis non aliter finita dicitur. Et sententia per remedium aliquod suspensa, dicitur adhuc caussa durare ac lis pendere, Moller. 2. *Semestr.* 1. *n.* 2. Nec appellatione pendente condemnatus dicitur *L.* 15. §. *pen. Qui satisd. cop.* Vid. Gail. 1. *Obs.* 147. *n.* 10. seq.

7) Ita Duar. ad *L.* 1. *h. t.* spectari consilium iudicis, qui quantum in se est, caussam finire debeat. Quodque sententia quæ ex intentione iudicis hoc non efficit, sententia dici non mereatur. Etsi namque in potestate iudicis non semper sit, ut rem iudicatam efficiat, cum in prima instantia cognoscit, ita tamen iudicare debet, quasi ab eo appellari non possit. Sarm. 1. *Sel. interpret.* 13. *n.* 1.

Ad L. Qui pro. 2.

Ulpianus lib. 6. ad edictum.

Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati servat: sed nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat pro caussæ qualitate et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia. Sed perraro intra statutum tempus sententiæ exequuntur: veluti si alimenta constituantur, vel minori viginti quinque annis subveniantur.

SUMMARIA.

1. *Quodnam sit iudicati tempus.*
2. *Hoc datum esse reo humanitatis gratia; et quid hoc sit explicatur.*
3. A LL. 12. Tabb. *initium duxit iudicati tempus. Fragmentum* L. 12. Tabb. *exponitur.*
4. *Spatium illud a Constitutionibus actum indefinite usurpari in* pandect. *Quadrimestre a Iustiniano constitutum.*
5. *Rerum partitio et totius legis summa.*
6. *Iudicati tempus iure prorogare sive arctare potest quisquis* pro tribunali cognoscit. et n. 7.
   Quid sit tribunal, et unde dictum ibid.
   Num et iudex datus tempus illud prorogare possit, seu restringere. ibid.
8. *Magistratus potest idem facere et in sententia, et postea. Exponitur* L. 4. si quis condemnatus *eod.*
9. *Non tamen mutare potest sine caussa tempus iudicati, et quid si hoc audeat.*
10. *Caussæ mutando iudicati tempori aptæ quales sint.*
11. *In his caussis iudicati tempus arctari debet* I. *in petitione speciei et quatenus.*
12. II. *In actione in rem.*
13. III. *In actione in personam quæ ex dolo nascitur aut ex maleficio.*
14. IV. *In actione tamen quod metus caussa tempus indulgeri reo intra quod expedire rem possit.*
15. V. *In dotis caussa nullum indulgeri tempus condemnato, et quare.*
16. *Ex quantitate caussæ hæc ineunda æstimatio ut si summa parva sit et reus dives, nulla concedatur dilatio.*
17. *Contra si summa haud facilis sit expeditu aut casu aliquo talis fiat, iusta dilatio concedenda, eaque etiam proroganda.*
18. *Legitimum iudicati tempus obsequenti reo dari debet aut prorogari; utrumque contumaci denegandum.*
19. *In caussis alimentorum et minorum nullæ reo dantur ad solvendum temporis induciæ, et quare.*

De tempore iudicati hic sententia est Ulpiani, non semper id tempus servari a magistratu: sed nonnunquam arctari, nonnunquam prorogari, simul quando id faciendum sit docet. Quodnam vero id tempus esset, quod prius statui oportuit, et hic et aliis in locis sub hoc tit. in medio relictum
1 est. Quare locus postulat, ut † quodnam sit hoc, quod dicitur, iudicati tempus, ante omnia consideremus. Et sciendum est, cum rei condemnati pecuniam, quæ ab his iudicio petitur, et ante sententiam pure debuerint, et nunc multo magis debeant post condemnationem (neque enim aliter ab eis ante peti potuisset, L. *credere*, *D. de verb. signif.*) tamen iis itidem ut confessis certum tempus constitutum esse ad solvendum intra quod cum his iudicati agi non posset: quod appellatur tempus iudicati, vel quia iudicatis detur, vel potius quod detur iudicato faciendo *L. intra*, 7. *L. tempus*, 29. *in fin. eod. L. si debitori*, *D. de iudic. L. si cum militi*, §. *ult. D. de compens.* Quamobrem † datum sit, si quis 2
quærat, datum id est humanitatis gratia, ut Papin. scripsit in *d. L. si cum militi*, §. *ult.* Neque enim summi iuris ratio aliud ferebat, quam ut si quis deberet pure ab eo invito pecunia posset exigi, L. *debitor*, *D. de verb. sign.* Unde dicitur hoc tempus non dari condemnato, sed frequentius indulgeri, *d.* L. *si debitori*, *D. de iud.* et *d.* L. *si cum militi*, *in fin. de compen.* Indulgemus enim ea, quæ liberaliter concedimus, cum sint eiusmodi, ut iure nostro negare potuerimus. Neque vero abs re est, cur id in hac specie humanum sit habitum, ac cur etiam in eo humanitas vicerit. Sæpe enim fit, ut reo condemnato difficile sit pecuniam, quam solvere iussus est, statim expedire, idque eo difficilius, quod ut plurimum accidat, ut præter spem et opinio-

nionem reus condemnetur. Quod si in hac difficultate pecuniæ, quia non solvit, continuo res eius pignori capiuntur, et distrahuntur ut fert ordo iudicati executionis: hic necesse erit sæpe eum magnum incurrere damnum rei familiaris, atque etiam famæ periculum adire. Damnum in eo est primum, quod pignoribus distractis amissurus est res necessarias; deinde quod res minime distrahentur in auctione, uti evenire necesse est, ubi res non reperiunt aliter cunctatorem; tum præcipue quod in auctione facienda magni sumptus faciendi sunt, quæ omnia dependenda erunt reo præter pecuniam quæ debetur. Accedit ad hæc damna ignominia auctionis. Semper enim turpe habitum est, bonorum distractionem pati, ut multis verbis ostendit Cicero *in oratione pro P. Quintio.* Adversus quæ incommoda magna ratio humanitatis suadet subveniendum esse condemnato, quod eius fieri possit sine magno damno creditoris. Et hoc quidem in ea dilatione temporis, quæ datur, aut nullum est, aut certe non eiusmodi, cuius ratio habenda sit, neque enim magnum damnum est in mora modici temporis, ut Ulpianus ait in *d. L. si debitori, D. de iud.*

Hoc tempus qua lege, et quodnam initio constitutum esset, nesciremus, nisi apud A. Gellium exstaret fragmentum legis duodecim tabb. quo hac de re cautum est. Fuit autem in lege, ut Gellius refert *L.* 20. *Cap.* 1. caput [1] eiusmodi: *Æris confessi, rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto.* Quam partem legis docti aliquot viri nostra ætate feliciter restituerunt, et egregie expositam posteritati tradiderunt. Sunt igitur ea lege iudicatis triginta dies, quos lex iustos esse iubet. Iustos Gellius [2] interpretatur, qui iusticium habeant, idest, iuris cessationem quandam: quoniam per hos dies cum reo iure agi non possit. Hoc viris illis doctis non placet. Et recte, iudicio meo non placet. Scimus enim iustum dici non in quo ius non est; sed contra in quo ius est: ut sit iustum, vel quod iure datur, vel per quod iure aliquid agitur. Unde Romanis dies prœliares iusti dicti sunt non alia de caussa, quam quod his diebus liceret res iure repetere, vel hostem lacessere, teste Macrobio *Lib.* 1. *Saturn. Cap.* 16. idest, quod hi dies ad res repetendas, et hostem lacessendum iure dati essent. Cui significationi repugnat, si dixerimus iustos eos, qui habent iuris, seu eius, quod iure fieri possit, cessationem. Verius est igitur, quod et illi significare videntur, iustos dies in lege dici, qui iure habeantur. Fieri enim potuit, ut ante legem aut nulla esset dilatio reis condemnatis, aut si esset, ea daretur arbitrio magistratuum, ipsi condemnati eam iure suo sibi defendere non possent. Lex autem constituit, ut deinceps hi dies reo iusti essent: idest, etsi a magistratu dati non essent; non minus tamen eos condemnati possent iure sibi defendere, quam si in diem obligatio ab initio esset constituta. Hoc tempus † post- 4
ea auctum est constitutionibus: sed varie, unde factum videtur, ut spacium certum huius dilationis nullum nominetur in Pandectis: sed ubique infinite appelletur vel iudicati tempus ut hic, vel constituti dies, ut in L. *intra*, 7. *inf. eod.* Duos menses priores Impp. dederant, ut Iustinian. significat in L. *ult.* §. *ult. C. de usur. rei iud.* et scire licet ex L. 2. *C. Th. de usur. rei iud.* Ipse Iustin. ad extremum [3] quatuor men-

1) Cont. 2. *subsec. lect.* 18. *n.* 5. emendat ita, æris confessis, reisque iure iudicatis. Rævar. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 8. sic: Æris confessi, ærisque debiti iudicatis. Sed nulla corrigendi necessitas.

2) Quod probat Coras. *de Iur. art. Parte* 1. *Cap.* 22. Gœd. ad *L.* 43. *de V. S. n.* 1. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *n.* 10. uti iustitiam dici putat a vi et sistendo, ita et hos dies iustos, quod vis in reos iisdem sistatur et exsecutio solutionisque coactio suspendatur. Sed recte Donell. et Cuiac. 3. *Obs.* 39. *pr.* Theod. Marcil. *in Collect. L.* 12. *tab.* 18.

3) Unde Græci passim hoc tempus vocant τὴν τετράμηνον Leunclav. *Notator. Lib.* 2. *C.* 50. *et* 91. Mensem vero, etsi varie definiant, 30. diebus constare verius et receptius est, per *L.* 11. §. 6. *de adult. auth. iubemus. Cod. de iudic.* De quo vid. Vurmser. *Tit.* 50. *Obs.* 5. Menoch. *Arb. Cap.* 50. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 24. Confer. Mornæ, Plessæ, *de veritate relig. Christ. Cap.* 8. *pag.* 99. Cæterum hoc tempus statutum in actione in personam, in actione vero in rem non obtinet, Duar. ad *L.* 2. *h. tit.* Ant. Fab. 7. *Coniect.* 1. Gifan. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 27. Damhuder. *Praxi C.* 256. *n.* 3. Coler. *P.* 3. *C.* 9. *n.* 11. Wurmser. *Tit.* 23. *Obs.* 1. *n.* 2. Menoch. *Arb. Casu* 28. Etsi diss. P. Frideric. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. Cap. ult. n.* 19. Quippe in his iudicis officium est, ut statim iubeat rem domino restitui; nisi possessor caussetur, se non posse in præsenti restituere, ubi si sine frustratione id dicat tempus ei indulgendum, §. 2. *I. de offic. iud.* quantum autem, id iudicis arbitrii est, Menoch. *dict. Cap.* 8. Et hoc discrimen arguunt verba *d. L. ult. ad solvendum.* Solutio enim non nisi obligationis. Sicuti nec usuræ, de quibus ibid. ex actione reali. Et ratio differentiæ vera hæc: Facilius res aliena restitui potest, quam pecunia explicari Gifan. *d. loc.* Non autem illa, quod minus favorabilis caussa eius, qui rem mala fide possidet post litem contestatam, ut A. Fab. *d. C.* 1. Nam immo sæpe in actione in personam maior est, perfidia reconventi, et actio realis sæpe iuste excipi potest. Minus ista eiusdem Fabri, quod in actione in rem adiudicatio magis fiat quam condemnatio personæ, ut frustra dilatio concedatur non condemnato. Quæ bis peccant. (1). Quod adiudicatio asseritur, vid. not. supr. *Lib. Civil. Comment.* 20. *C.* 6. *N.* 4. (2) Quod condemnatio negatur, vid. not. ad *L.* 1. *h. tit. N.* 3. *h.* Sed et Patricius *referente* Harmenop. *Lib.* 1. *Promptuarii Tit.* 4. *Cap. de quadrimestri quod debitoribus conceditur*, diviti solum ac rerum soli possessori hoc tempus indulgeri voluit, ut libere, ac por otium interea vendere, aut pignerare res suas possit. Inopi vel tenui non concedi, cum verendum sit, ne reus interea omnia consumat. Iure Sax. scripto iudicatis et confessis debitoribus 14. dies; ex consuetudine vero communi sex hebdomadæ ac tres dies indulgentur, Vid. Sneidvin. ad §. *quadrupli* 27. *I. de act. n.* 62. *Coler. p.* 3. *C.* 6. *n.* 7. *et decis.* 133. uti et ex Nov. Elect. Augusti *ult. P.* 1. quæ 14. dies in realibus reliquit.

menses constituit. Sic enim ille scribit in *ead. L. ult.* antiquitatem quidem condemnatis laxamentum duorum mensium dedisse: fideiussoribus autem eorum denegasse: se vero et quadrimestres inducias dedisse condemnatis, et quas his dederit, easdem fideiussoribus eorum hac lege tribuere. Ac ne quis forte dicat, eam constitutionem pertinere duntaxat ad eos, qui usuras rei iudicatæ exigunt, quoniam constitutio Iustiniani initio de his usuris agit: verba ipsa constitutionis consulenda sunt. Ait vero Iustinianus se quatuor menses constituisse reis, et nunc constituere eorum fideiussoribus in omnibus caussis, in quibus antea victoribus licebat a fideiussoribus eorum statim *exigere vel pecunias, vel res in condemnatione positas.* Cum res dicit condemnatione comprehensas, declarat se non sentire de usuris rei iudicatæ ante id tempus non exigendis: propterea quod cæterarum rerum fructus sunt; usura autem pecuniæ dumtaxat numeratæ *L.* 3. §. *non unquam*, *D. de usuris.*

Cum sit hoc tempus iudicati constitutum, quod diximus: sæpe accidere potest, ut hoc spacium sit logius iusto: interdum etiam ut sit brevius. Hinc tractatum, quæ huius loci quæstio est, an possit iudex hoc tempus mu-
5 tare, si res exigat. In quo † quæruntur quatuor. Primum, an iudex possit hoc tempus arctare, vel prorogare. Alterum, si potest, an possit pro arbitrio, an non nisi ex caussa. Tertium si ex caussa, quæ sit iusta caussa huius temporis mutandi. Postremum, sit ne hæc potestas cuiusque iudicis. De quibus breviter ad hanc sententiam statuit Ulpianus; posse iudicem tempus iudicati constitutum non servare. Posse, sed ex caussa. Caussam æstimandam ex negotii qualitate, aut quantitate, aut personarum conditione. Cæterum hanc potestatem non esse cuiusvis iudicis: sed eius qui tribunali præest: idest, magistratus et eius qui habet iurisdictionem.

6 Ait, *qui pro* † *tribunali cognoscit.*) Descriptio est hæc magistratus, et eius qui iuri dicundo præest, veteribus usitata, quæ et legitur in *L.* 1. *D. de iudic.* Fuit enim tribunal locus sublimis, in quo sedebant magistratus populi Romani, cum ius reddebant, dictus a tribubus: vel quod ex hoc loco magistratus iura redderet tribubus, idest, pop. Romano: vel quod tribus ipsæ, idest, populus inde per magistratum qui populi personam sustinet, ius redderent. Fuit autem solis magistratibus iura reddentibus destinatus, ut hoc, pro tribunali cognoscere nihil aliud declaret, quam magistratum

esse, et præesse iuri dicundo. De quo si quis plura nosse vult, legat Budæi annotationes ad *L.* 1. *D. de iud.* Quid ergo, si is iudicaverit: qui mandatam tantum iurisdictionem habet? Idem dicendum est, nam hic vice mandantis fungitur, *L. solet*, *D. de iurisd.* Et in universum quisquis iurisdictionem habebit, et sententiam exequetur: huic ius erit, tempus iudicati, aut arctandi, aut prorogandi, ubique enim iurisdictionis eadem potestas est, tantummodo ut res ad iurisdictionem iudicis pertineat. Quid, si erit tantum iudex datus, qui iudicaverit? Cum hic sententia lata, iudex esse desinat, *L. iudex.* 55. *infr. eod.* Proinde nec sententiam suam possit exequi, *L. a Divo*, *inf.* perspicuum est, huic post sententiam dictam nihil iuris superesse. Quid si is in sententia brevius, aut longius tempus complectatur, intra quod iubeat condemnatum solvere? Verius est huius etiam sententiæ hac in re standum esse, de quo postea ad *L.* 4. §. *si quis condemnatus*, *inf.* Neque tamen id adversatur huius loci sententiæ. Magistratus enim, et qui vice eius fungitur, tempus iudicati mutare potest semper, idest, et in sententia, et post sententiam: iudex datus, cuius post sententiam nullæ iam partes sunt, non item.

Ait, *non semper tempus iudicati servat.*) Sed utrum iure non servat, an iniuria? Manifestum est, Ulpianum † hoc sentire, iudi- 7
cem iure suo id facere: non iniuria. Nam si de eo ageret; quid iudex iniuriæ facere potest: postquam dixit iudicem, tempus nonnunquam arctare, nonnunquam prorogare, male adiiceret, pro caussæ qualitate, et cætera quæ sequuntur; cum iudex si iniuria quid facit, possit facere non spectata caussæ et personarum qualitate. Hoc igitur dicit: licet iudici tempus iudicati non servare; sed prout videbitur, alias arctare, alias prorogare, ut cum hoc facit, iure fecisse intelligatur, nihil iniuria. At quomodo hoc non iniquum, et contra ius, quod alicui iure datum sit, id magistratum illi adimere? Iuris enim præceptum hoc summum est ius suum cuique tribuere, L. *iustitia*, §. 1. *D. de iust. et iur.* ex quo illa, nulli hominum ius suum detrahi oportere, *L.* 2. *D. de iis*, *qui sunt sui vel al. iur.* et indultum alicui a iure beneficium nulli esse auferendum, *C. indultum*, *extr. de regul. iur.* Et quidem ego iudico, si hæc facultas arctandi, aut prorogandi legitimi temporis ipsa lege iudici non daretur, non posse eum, aut legitimum tempus reo datum illi adimere sine iniuria, aut petitionem post legitimum tempus victori constitutam illi denegare. Nunc autem potestas de hac re æstimandi, et statuen-

tuen-

tuendi lege illi datur: quo fit, ut cum alterutrum caussa congnita statuerit, iure suo fecisse existimetur. Data est autem iudici hæc facultas aut novis Imperatorum constitutionibus. In quo genere est constitutio Antonini Pii, quæ refertur in L. *debitoribus*, 31. *eod.* (iubetur enim in ea 4 tempus dari pro facultate cuiusque: quod si reus statim solvendo sit, vult eum statim compelli ad solvendum) Aut si videtur alicui ea constitutio angustior, quam ut complectatur omnes caussas mutandi legitimi temporis, de quibus mox dicetur: audacius fortassis, non temere tamen defendetur, hanc ipsam facultatem contineri *illis* ipsis legibus, quibus hoc tempus iudicato constitutum est. Non tribuitur aperte et verbis; at tribuitur legis sententia: proinde lege. Non enim tantum ex lege est, quod est ex verbis; sed etiam quod ex sententia L. *nominis*, §. *ult. D. de verb. sig.* Ac de sententia constat, quæ lex tempus indulget reo ad solvendum, indulgere eam, non ut creditori noceatur: sed ut subveniatur reo, ne facile bonorum distractionem patiatur. Hoc enim est, quod veteres dixerunt: hoc tempus humanitatis caussa indulgeri. Iam vero subveniendum est reo: at cui? nempe non indigno: nempe agenti subveniendum est: sed ad tempus ita, ut sine fraude creditoris, et Reipub. id fiat, de quibus paulo post plura. Fac ergo reum indignum esse hac dilatione, aut ea non egere, aut rem ipsam sine fraude creditoris aut Reipub. differri non posse: Mens, et sententia legis repugnant, quo minus dilatio concedatur. Ita est: quandiu ratio et propositum legis retinetur, tandiu legi locus est. Ubi id, quod legi propositum est, cessat, illic convenit cessare legem, omnemque constitutionem, *L. quod dictum*, *D. de pact. L.* 3. §. *sed utrum*, *D. de minor.* Rursum; propositum est legi, hac dilatione subvenire condemnato. Quare si dilatio non erit satis ad subveniendum, conveniens est legis sententiæ, ut prorogetur.

Ait, *nonnunquam arctat, nonnunquam prorogat*,) Hoc convenit, † magistratum, a quo exsecutio sententiæ postulatur, post rem iudicatam posse tempus iudicati et arctare condemnato et prorogare. Eundem constat et in sententia
8 ampliorem diem condemnato dare posse ad solvendum. Nam hoc quemvis iudicem facere posse non obscure indicat *L.* 4. §. *si quis condemnatus*, *infr.* An possit etiam arctare, idest, minorem diem præstituere sententia sua, item ille locus, quem modo dixi, dubium facit. *Si quis condemnatus sit*, inquit Ulpianus, *ut intra certos dies solvat*, *et minorem diem statuerit iudex tempore legitimo*, *repletur ex lege*, *quod sententiæ iudicis deest.* Quod nihil aliud significat, quam quod iudex in eo statuit, pro non dicto esse, ac reum nihilominus totum integrum legitimum tempus habiturum. De condemnato simpliciter loquitur Ulpianus: ut proinde nihil referat, a quo sit condemnatus, a magistratune, an a iudice dato, qui iurisdictionem non habet. Argum. in *L. item veniunt*, 20. §. *a quo denunciatum*, *D. de pet. hered.* Et quod iudicem postea nominat, non facit, ut de iudice tantum privato accipi debeat. Nam et magistratus, et omnis qui iurisdictionem habet, iudices esse possunt, istoque ipso vero ab eodem Ulpiano appellantur in *L.* 1. *D. de iudic.* Sed fortasse illic iudex qui minorem diem statuit, ex caussa id non fecit: quod tamen hic exigimus. Nam hoc vulgo dicitur ad horum locorum conciliationem. Non ita est. Nam si illic iudex recte condemnavit, caussam cognovit: non est enim res iudicata, nisi quæ iudicatur caussa cognita *L. iudices*, *D. de iudic. L. ex stipulatione*, *C. de sent. et interloc.* Proinde et illa cognovit iudex, quæ qualitas esset caussæ nimirum, quæ quantitas, quod litigatorum obsequium et contumacia: quæ omnia in iis caussis spectanda sunt, propter quas hic dicimus magistratum recte arctare tempus, aut prorogare. Adde; quod si iudicem illic de caussa non cognovisse diceremus, ne id quidem servandum esset, in qua ampliorem diem statuisset, contra quam illic respondetur. Quapropter non est, quod negemus aut illic magistratum iudicavisse, aut quod minorem amplioremve diem sententia sua complexus est, id eum ex caussa cognita fecisse. Quid ergo est? an magistratum post sententiam diem arctare posse dicemus; sententia vero sua non posse? Atqui neque hoc loco quidquam distinguitur, ubi magistratus iure suo arctet, constitutum tempus; et cum constet vel iudicem datum tempus arctare posse sententia sua, an dubitemus id et de magistratu, cuius maior potestas est, affirmare? sane vero caussæ dici nihil potest, cur non possit idem et arctare. Quisquis enim iudex est, sive is pro reo iudicavit, sive contra reum, pariter rei iudicatæ standum est: sed negandum est, iudicem illic mi-

( ) *Ant. Fab.* 7. *coniunct.* 1. usu ita receptum fuisse ut tantum temporis ad solvendum daret Iudex pro arbitrio, quantum sufficere pro condemnati facultatibus videret. *d. L.* 31.

minorem diem statuendo tempus arctasse condemnato, ut non sit mirum, si etiam tum legitimum tempus reo servetur, qua de re illic plura.

Ait, *Pro caussæ qualitate, et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia.*) Hoc dicit: Magistratus tempus iudicati arctat, aut prorogat, prout hoc aut illud faciendum esse suadet, aut caussæ qualitas, idest conditio negocii et rei, de qua agitur; aut huius ipsius caussæ quantitas, idest, quantitas quæ in caussa versatur; aut personarum, idest eorum, qui condemnati erunt, obsequium
9 vel contumacia. His † verbis declaratur illud utrumque quod proposui, nec magistratum sine caussa legitimum tempus mutare posse: et quoniam caussam quærimus, habere nos hoc loco, quibus ex rebus hanc caussam æstimemus. Quid tamen, si sine caussa mutabit magistratus legitimum tempus? Nempe ius est ab eo appellandi aut tanquam a iudice, si id in sententia fecit, aut tanquam ab executione modum iudicati excedente. Nam et hoc posterius facere concessum est *L. ab executione*, *C. non app. non noc.* nec vero dubium est, quin modum iudicati excedat, qui formam excedat iudicati vel faciendi vel exsequendi sententia iudicis, aut lege constitutam.
10 Sed de caussis † supra scriptis videamus. Qualitas caussæ aut in re est, quæ petitur, aut in genere obligationis. In re alias species certa petitur, alias pecunia, aut res incerta. Genus actionis huiusmodi est: Aut enim actio in rem est, aut in personam, et in personam agitur alias ex maleficio debitoris, alias ex contractu, aut negotio gesto; atque etiam in contractu interdum privata causssa agitur, interdum res est cum publica utilitate coniuncta; ut si dos petatur, inter quas conditiones caussæ plurimum interest. Quantitas caussæ quid sit notum est: quantitas pecuniæ alias parva, alias maior, alias summa. Hæ summæ sine dubio aliam atque aliam dilationem desiderant. Obsequium et contumaciam sic accipimus. Contumacia est, cum reus edictis evocatus iudici non paret; sed quantum potest, rem trahit, *L. contumacia*, 53. *inf. eod.* Contrarium est contumaciæ obsequium. Ergo obsequium est in reo tum, cum is adesse iussus, obtemperat magistratui, nec quidquam facit frustrandæ et eludendæ actionis caussa. Ex his ita dicit Ulpianus arctandum esse aut prorogandum tempus condemnato, ut res scilicet exiget: ut hoc ipsum, quod præcipue quærendum videtur, prætermittat: utrum horum potius res unaquæque ex his, quæ supra scriptæ sunt, exigat. Quod ego, ut potero, nunc expediam, ea genera sigillatim prosequens, quæ paulo ante proposui.

Igitur ex [5] re, quæ petitur, dilatio arctanda est, si petatur † species, et ea qui- 11
dem, cuius præstandæ facultatem reus habeat. Argum. in L. *debitoribus*, 31. *in prin. infr. eod.* Et certe qui rem habet, nec præstat, ideo tantum differt solutionem, ut creditori noceat. Neque vero maliciis hominum indulgendum est, L. *in fundo*, *D. de rei vind.* Si res abest, idque sine dolo malo debitoris: non est iniquum ei tantum tempus dari, quantum satis sit ad rem perquirendam et recuperandam, ut fit in iudicio petitorio, de quo in §. 1. *Inst. de offi. iud.* In pecunia id servandum, quod de quantitate mox dicam. In genere actionis multum refert, ut dixi, utrum in rem agatur an in personam. In actione † in rem spe- 12
cies petitur: de ea id sequendum, quod de specie certa iam supra posui. In actione † 13
in personam si reus ex maleficio et dolo suo convenitur, puto ei omnem dilationem denegandam. Primum hæc dilatio beneficium et auxilium legis est: non recte auxilium legum invocat, qui adversus leges committit, L. *auxilium*, *in fin. D. de iniur.* et in universum probatum est, in delictis nulli subveniri. L. *si ex caussa*, §. *nunc videndum*, *D. de iniur.* Deinde non est hoc casu metuendum, ne si statim pignora capiantur, reus laboret. Nam hoc incommodum improbitati suæ acceptum ferre debet, ut declarat Triphoninus in L. *bona fides*, *resp.* D. depos. *qui delinquendo*, inquit, *male meritus est publice*, *is ut cæteris exemplo ad deterrenda maleficia sit*, *etiam egestate laborare debet.* Sane in † actione quod 14
metus caussa significatur in L. *item si*, 14. §. *quatenus*, *D. quod met. causs.* etiam condemnato ei qui vim intulit, tempus iudicati actionis servari, intra quod possit rem expedire. Illud vero etiam diserte illic scriptum est, ei qui vim intulit, tempus dandum, intra quod servum, qui in fuga est, persequatur, interposita prius in eam rem cautione, qua caveat se persecuturum, et omnimodo restituturum. Sed hoc in hac actio-

5) Sed ad actionem in rem *de quib. d.* §. 2. hoc tempus plane non pertinet. *Vid. Not. ad. L.* 2. *h. tit. N.* 3. *supr. lit. Cod.*

ctione fieri non est iniquum. In ea enim non tam ob vim illatam, quam ob culpam non restituentis condemnatio fit in quadruplum, ut indicatur in eadem L. *item*, §. *quadruplabitur*: hac pœna tam gravi, præsertim cum adversus culpam non restituentis constituta sit, non temere videtur quisquam affici debuisse prius, quam merito eius non restituentis cessatio et culpa accusari posset: quod ita fieret, si saltem ea dilatio ei daretur ad rem restituendam, quæ cæteris omibus nullam alioqui pœnam ex cessatione metuentibus ad iudicatum faciendum dari solet, et is intra id tempus rem non resti-
15 tueret. Si ex contractu agetur, † et res [6] ad utilitatem publicam pertinebit (puta dotem peti) condemnatus sine mora solvere cogendus est: quoniam id fieri Reip. intersit, L. 1. *D. sol. mat.*

In cæteris caussis recte legitimum tempus servabitur reo, aut etiam prorogabitur. Quod
16 tamen rursum † æstimandum erit ex caussæ quantitate. In ea expedienda quid possit reus, itidem, ut in specie, spectandum est. Nam si parva est summa, et reus dives, nihil differendum est, ut cavetur in
17 L. *debitoribus*, *infr.* Si summa † reo non expeditu facilis, aut etiam de eo dubitari potest, iusta dilatio concedenda est. Prorogauda etiam, si aliquis casus inciderit, qui eam facultatem, quæ prius fuisset, adimeret condemnato, quod et ipsum eadem lege fieri præcipitur in principio. Et hoc rursum ex obsequio aut contumacia condemna-
18 ti temperandum est. De quibus † hoc puto esse observandum, ut ubicunque diximus, tempus legitimum dari, aut prorogari posse; id sic interpretandum sit, ut tribuatur hoc obsequenti reo, contumaci autem denegetur; quantacunque sit summa, quæ petitur, et quantumvis ex contractu agatur. Nam si ei, qui diu frustratus est, legitimum spacium damus, fiet hoc modo, ut ille ex contumacia sua eam dilationem consequatur, quam non haberet is, qui pro officio iudici esset obsecutus. Finge obsequentem reum, cum iudicio adesset vocatus; et nihil haberet quod agenti contradiceret, intra tres aut quatuor dies condemnatum esse: huic deinde quatuor menses ad solvendum datos. Perspicuum est huic brevius multo spacium futurum ad pecuniam expediendam, quam ei qui per sex menses aut etiam annum integrum rem frustrando traxerit. Porro absurdum est, plus contumaci reo, quam obsequenti tribui, ut omittam, nulli dolum suum lucrosum esse debere, *L. 1. D. de dol.*

Ait, *sed perraro*) Correctio est, quod superius dixit, iudicem non tantum posse arctare tempus, sed etiam integrum posse servare, atque adeo prorogare. Potest iudex, inquit Ulpianus, hoc facere in cæteris omnibus caussis, in quibus qualitas et obsequium condemnati id patiatur. Sed sunt quædam † caus- 19
sæ quæ excipiantur, in quibus perraro, idest fere nunquam intra statutum tempus sententiæ exequuntur. Passive dictum, pro, executioni mandantur, idest sunt caussæ eiusmodi, in quibus non expectatur, dum præterierit legitimum tempus; sed statim condemnatus solvere compellitur: quantacunque summa erit, quantumcunque obsequium condemnati. Huius generis caussæ sunt, *veluti si alimenta constituantur*, inquit, *vel minori* 25. *annis subveniatur.* In alimentorum petitione arctatur tempus: quia in his mora periculum allatura est, quippe sine alimentis vivi non potest. Non est autem differenda res: quæ sine periculo non potest differri, *L.* 5. §. *si quis rivos*, *D. de ope. nov. nun.* ideo de alimentis et per ferias agi potest, *L.* 2. *D. de fer. et del.* In caussa minorum arctatur tempus adversario: quia persona minorum meretur præcipuum favorem, ut et eorum restitutio, et moræ definitio, quam in horum persona ex re ipsa fieri receptum est, facile declarant *tot. tit. de mino. et L. in minorem*, *C. in quib. cau. in integ. rest. nec. non est.* Humanum est reo dilationem dare: sed humanius est minori consulere, quo minus scilicet propter infirmatem ætatis sibi prospicere, et res suas recte agere minores possunt, *L. 1. D. de iniur.* Ex his exemplis, et iis rationibus quas hactenus reddidimus, si rem in pauca conferre volumus, licet colligere, semper iustum tempus reo servandum esse: nisi si qua iusta caussa afferatur, cur coarctetur. Quinque autem esse iustas caussas propter quas legitima dilatione ei denegata statim solvere cogendus sit. Una est, si ea dilatione indignus erit. Ius namque non subvenit, quin potius hos afficit pœna, ut dignos præmio, L. 1. *D. de iust. et iur.* Huius autem generis est reus, qui aut convenitur ex maleficio, et dolo suo, aut contumax est. Altera caussa, si reus præstandæ rei, quæ petitur, facultatem

6) Sic frumentariæ pecuniæ debitori nulla dilatio datur *L.* 2. §. 3. *de administr. rer. ad civit. pert.* Choppin. *de Privil. rust. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 9. *pag.* 120.

tem habebit: nam, ut dixi, maliciis non est indulgendum. Id accidet, si aut rem petitam in potestate habebit, aut summam pecuniæ facile poterit expedire pro facultatibus. Tertia, si mora periculosa futura est; ut in alimentis. Quarta, si caussa cum utilitate publica coniuncta erit, ut in dote, quæ repetitur. Quinta et postrema, si minor erit, qui aget, propter favorem personæ. His, inquam, caussis cessantibus, tum denique spacium legitimum condemnato servandum est; idem etiam prorogandum postea, si quid inciderit, quod præsentem facultatem rei præstandæ reo auferet.

Ad L. Qui condemnare. 3.

***Paulus* lib. 17. ad Edictum.**

Qui condemnare potest; is absolvendi quoque potestatem habet.

S U M M A R I A.

1. *Qui iudex in eo datus est ut aliquem condemnet, si pareat eum dare oportere, eundem absolvere potest, si nihil debeat.*
2. *Removetur difficultas; et superior definitio luculentius exponitur.*

NON est iudicati actio, nisi res iudicata sit ab eo, cuius de ea re iurisdictio est. L. 5. *inf.* vel ut posteriores locuti sunt, nisi sit iudicata a competente iudice. *Tit. C. si a non comp. iud.* Non est autem competens iudex, nisi qui pro potestate accepta iudicat. Ita non est competens, qui aut damnavit, cum damnandi ius non haberet, aut absolvit, cum non haberet, aut absolvendi potestatem. Hinc quæ-
1 stio, † si forte quis ita datus sit iudex, ut damnaret reum, si pareret, eum dare oportere, videaturne is quoque absolvendi etiam habere potestatem: ut si absolvit, rei iudicatæ standum sit, quasi pro potestate id fecerit non secus, quam si damnasset. Non temere hoc quæritur. Nam iudices olim sic dabantur a Prætore in iudiciis privatis. *Gallus Aquilius iudex esto. Si paret Sempronium centum mutua dare oportere, iudex condemna.* Finge eum, qui ita datus sit, Sempronium absolvisse, quia eum nihil debere paruisset. Nimirum hic quæreretur, videreturne Sempronius pro potestate et iurisdictione iudicis esse absolutus, ut hunc exceptione rei iudicatæ tueri oporteret: hic Paulus rem dirimens, ita [1] definit. Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet, quod habet hanc sententiam: qui damnare potest, pro potestate damnandi sibi data, is et absolvendi quoque potestatem habet: absolvendi, inquam, non eum, qui damnari debeat; sed eum, qui absolvendus videatur. At quo-
modo † absolvendi quoque potestatem habet, 2
qui eam non accepit? et quomodo accepit, cui data non est? Sic res habet: qui fecit potestatem condemnandi, vi ipsa et absolvendi potestatem fecisse intelligitur. Colligitur autem voluntas non difficile his argumentis. Nam si magistratus voluit reum, qui deberet, condemnari in hoc iudicio: multo magis voluit absolvi, si non deberet. Certe ita necesse est existimari, si magistratus, idest, viri boni, et eius, qui ius reddat, officio fungi voluit. Nam cum utrique parti in iure reddendo consulendum est; tum vero ad absolvendum proniores esse debemus, L. *Arrianus*, *D. de obl. et act.* L. *absentem*, *D. de pœn.* Sed etsi voluit eum iudicem, quem dabat, habere damnandi potestatem: multo magis eum voluit potestatem habere absolvendi. Plus enim multo est condemnare quam absolvere. Cur ergo magistratus prius illud nominatim permisit? Quia superfluum est priore illo concesso vel iniuncto posterius adiicere: cum et ex verbo iudicis, atque iudicii, item ex eo, quod in iudicio maius erat, et difficilius, id quod minus est, nec tamen minus ad officium iudicis pertinet, satis datum intelligatur. Quid e converso, si iudex ita datus sit, ut absolveret,

[1]) Add. *L. nemo* 37. *de R. I. ubi* Vid. Ræv. et P. Fab. plenissime Menoch. 1. *Arb. Q.* 43. Quæ regula ad personam iudicis refertur non ad personam rei, neque enim inde quis arguat: Nocentem damnare potest iudex. Et absolvere igitur, Duar. ad *d. L.* 3.

ret, si pareret reum non debere, aut nihil tale admisisse, quale insimulatur? Hic vero [2] non ideo damnandi potestatem habebit. Neque enim si cui quid conceditur quod minus est, ideo etiam ei conceditur quod est maius. Quod in hac ipsa specie prope diserte confirmatur in *L. ult. C. ubi senat. vel clar.*

2) Add. *Nov.* 83. Duar. ad *d. L.* 3. Anton Fab. 15. *Coniect.* 1. Et ita Menoch. *d. Quæst.* 43. *n.* 26. prohibita condemnatione favore personæ concessam esse absolutionem.

Ad L. Si se non obtulit. 4.

Ulpianus lib. 58. ad Edictum.

Si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur: si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur, qui iudicio pro domino se obtulit: non is, qui in rem suam procurator datus sit. Nam hic alia ratione recusare iudicati actionem non potest, quia non alienam, sed in rem suam procurator factus est. Tutor quoque, vel curator in ea conditione sunt, ut non debeant videri se liti obtulisse: idcircoque debet denegari in eos iudicati actio.

Actor municipum potest rem iudicatam recusare, in municipes enim iudicati actio dabitur.

SUMMARIA.

1. *Iudicati actio datur in condemnatum, qui suo nomine non alieno conveniatur.*
2. *Nisi tamen liti se obtulit qui alieno nomine convenitur; et quis liti se obtulisse intelligatur* et n. 5.
3. *Nec tutor nec curator, nec actor municipum videntur se liti obtulisse, dum alienam caussam defendunt.*
4. *Item nec procurator quem dominus obtulit adversario, et pro eo satisdedit.*
6. *Quoties defensor ille condemnatur, qui iudicati actione non tenetur, toties hanc in rei dominum dari.*
7. *Contraria diluuntur* et n. 8. 9. 10.
11. *Tutor et Curator, aut alii id genus defensores nec de litis sumptibus actione iudicati tenentur.*
12. *Præterquam si ob dolum suum scilicet suo facto et nomine non alieno conventi damnentur.*

REbus iure iudicatis et condemnato reo, prætor actionem iudicati constituit in condemnatum. De qua actione quæ, et qualis sit, dicetur ad *L. miles*, 6. §. *pen. et ult. inf.* Quid petat, sive ad quid detur, et in quem detur, hoc capite tractat Ulp. eam partem edicti explicans, qua de his rebus cautum est, ac primum in quem detur. Verba edicti de condemnato hæc fuerunt, *ut is pecuniam solvat*, quæ hic referuntur in §. 1.
1 Ergo † in condemnatum datur iudicati actio, sed an in omnem, qui erit condemnatus? Et de eo hoc loco scribit Ulpianus ad hanc sententiam: si quis suo nomine conveniatur, non alieno, aut alieno quidem, sed in rem suam: in [1] hunc sine controversia iudicati actionem dari, quod illis verbis indicat, *nam hic alia ratione.* Congruit *L. Plautius*, *D. de proc.* Idem probandum † esse, etsi is in aliena caus- 2
sa condemnatus sit, qui se liti obtulerit. Quod si quis qui et alieno nomine conveniretur, et de re aliena, non sua, cum item se liti non obtulisset, condemnatus fuerit: hic demum rem in ea caussa esse, ut in hunc deneganda sit iudicati actio, et in dominum danda. Extat eadem distinctio et in *d. L. Plautius*, *de proc.* Quæritur, quis se liti obtulisse videatur. Et primum hoc † ratum sit, nemi- 3
nem

1) Actio iudicati, ut contra Procuratorem detur, vid. supr. *Lib.* 18. *Cap. ult. N.* 4. Cuiac. 15. *Observ.* 30. Robert. 2. *sent.* 2. Duar. ad *L.* 4. *pr. h. t.* Hart. Hartm. *t.* 7. *Obs.* 1.

nem videri se obtulisse liti, qui muneris necessitate coactus, alienam defensionem susceperit: quod hoc loco Ulpianus exemplo tutoris, curatoris, actoris municipum docet. Negat enim hos se liti obtulisse, eoque et iudicati actione teneri. Non dubium, quin ideo neget, quia hi muneris necessitate cogantur ad alienam defensionem suscipiendam. Nam et tutela, et cura, et actoris municipum sive Syndici administratio publicum munus est, L. *munerum*, §. 1. *et* §. *defensores*, *D. de muner. et bon.* Nec vero dici potest, alicui rei se offerre, qui hanc coactus suscipit, illud enim voluntatis est: hoc necessitatis: quæ sunt contraria. Ita in procuratorem seu defensorem solum cadit, ut dici possint, se liti obtulisse: quorum est videlicet, sponte al-
4 terius nomine suscipere actionem. Sed non † continuo qui sponte alienam defensionem suscipit, idem se liti offert. Is dicendus non est se obtulisse liti, quem dominus dedit adversario, ipse pro eo satisdans, se iudicatum soluturum, iuxta formam præscriptam in §. *si vero aliquis*, *Inst. de satisd.* Non enim potest dici se obtulisse, quem alius suo nomine liti obtulit. Restat igitur, quod significa-
5 tur in *d. L. Plautius*, ut is † defensor videatur se liti obtulisse, qui pro reo absente suscipit actionem, ut simul satisdaret ipse se iudicatum soluturum, non dominus pro eo, secundum formam traditam *in* §. *si vero eius*, *Inst. de satisd.* neque intererit, utrum procurator sciret cautum non esse: an vero is, qui defensoris loco cum satisdatione idem fecerit; verba sunt L. *Plautius*: quibus declaratur, non tantum eum defensorem, qui defensoris tantum loco sit, idest, qui ad defensionem alienam accesserit cum satisdatione sine mandato, damnatum conveniri debere, quasi qui vere se liti obtulerit: sed etiam verum procuratorem, qui defensionem absentis susceperit domini mandatu, quum sciret cautum non esse, nempe a domino: idest, dominum nihil cavisse, nihil satisdedisse pro defensore. Et recte hic dicitur, se obtulisse liti, qui pro se satisdedit. Necesse est enim, quem dominus in iudicio præsens non obtulit, et de quo recipiendo nihil egit cum adversario, is se ipsum obtulisse intelligatur: cum oporteat eum aut a se, aut ab alio of-
6 ferri. Illud † notandum, cum is defensor est, qui damnatus iudicati non tenetur, quia liti se non obtulit, in dominum iudicati actionem dari. Si tutor condemnatus est: in pupillum, *L. 2. D. de admin. tut.* Si actor municipum, in ipsos municipes. Si procurator: in dominum, et eum, ad quem ea res pertinet: ut in actore, et procuratore condemnato hic scriptum est *in princ. et fin.* 1. *resp.*

Habes Ulpiani distinctionem de iis, qui iudicati actione tenentur, aut non tenentur. Cuius rationem † non immerito quis requirat. 7
Nam cum Prætor edicat, se actionem in condemnatum daturum, non in alium: quomodo defendemus, aut hanc in tutorem, procuratoremve non dari, si condemnatus erit? aut in dominum dari, qui non erit condemnatus? Errat enim, si quis putat caussa per tutorem, aut procuratorem defensa dominum condemnari, non procuratorem. Ipse procurator damnatur: non dominus, cuius persona in iudicio non fuit, *L.* 1. *C. de sentent. et interloc.* Et quid opus est verbis? cum dicatur in tutorem et procuratorem, quamvis condemnatum, iudicati actionem non dari? L. 2. *D. de administrat. tutor.* L. *Plautius*, *D. de procurat.* Et de † tutore, et similibus, 8
quos diximus muneris necessitate cogi ad defensionem, facilior responsio est: hos nimirum, cum condemnati sunt, perinde haberi, quasi non ipsi condemnati essent, sed ii, quorum de re agitur. Nam ut ex uno indicetur de cæteris: quidquid tutor gerit, perinde est, quasi pupillus gessisset, et quod gestum est cum tutore, pro eo est, quasi gestum esset cum pupillo. Denique in omni administratione tutelæ tutor persona pupilli fungitur, non sua. Argumento hæc sunt: Tutor falsum testamentum dixit pupilli nomine, ea res tutori non nocet: quasi pupillus id dixerit, non tutor, L. *adversus*. §. 1. *D. de inoffic. test.* Tutor stipulatus est: pupillo id sic habetur, quasi pupillus stipulatus esset sibi, *L. cum qui*, §. *si actori*, *D. de constit. pecun.* Tutor se pupilli nomine obligavit. Finito officio non tenetur, sed pupillus: *L. post mortem*, §. *ult. D. quand. ex fact. tut.* Id facit muneris necessitas, quæ, ne tutori administratio noceat, executa esse debet, L. *tutorem*, *D. de iis*, *quæ ut indign. aufer.* Quod si in cæteris caussis probatum est, etiam in hac admitti debet; scilicet ut hic quoque tutore condemnato ipse pupillus videatur condemnatus. Sed non item licet de procuratore dicere, qui sponte accessit ad defensionem alienam, non ulla necessitate. Denique procurator et si domini caussa aliquid facit: tamen ubi res ex persona eius geritur, et ipse fidem suam obstringit, non minus ipse obligatur, quam si se suo nomine obligasset, *L. procurator qui*, 67. *D. de proc.* Itaque cur in hunc condemnatum iudicati actio non detur ex edicto, difficilius dictu est. Sed tamen † et hoc de- 9
fensione sua non caret, eaque nec subtili nec obscura. Id ergo eo fit, non quia dici possit procuratorem non vere et iure esse condemnatum; sed quia hoc actum est inter actorem do-

dominum, atque adeo procuratorem ipsum, ne iudicati actio daretur in eum procuratorem, quem dominus liti obtulit. Huc enim pertinet, quod dominus promisit se iudicatum esse soluturum, non procurator. Porro in omni obligatione contrahenda constat neminem obligari sine consensu, *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Quibus rebus satis responsum puto
10 ad edicti verba. Sed verendum est, ne † aliis rebus quam verbis edicti certo efficiatur, ut procurator condemnatus, quantunvis se liti non obtulerit, teneri tamen debeat iudicati actione. Nam utrumque hoc certum est, et eum ad quem res pertinet, condemnatum teneri, quamvis sit procurator: quod hic scriptum est in *pr. et L. Plautius*, *D. de proc.* et procuratorem omnem, qui pro domino se obligavit, vinculum obligationis sponte susceptum frustra recusare, *L. procurator qui.* 67. *D. de proc.* quorum utrumque convenire videtur in procuratorem. Etenim si rem eius quæramus, ipse litis contestatione dominus litis effectus est, *L. procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de proc.* si eius obligationem ipse iudicium accipiendo, ut promittendo, pro domino se obligavit: quoniam iudicio contrahitur, ut stipulatione, *L.* 3. §. *item scribit*, *D. de pecul.* Sed ne quid horum nos moverit. Procurator litis contestatione dominus litis efficitur; sed non idcirco rei dominus, ut tanquam de re sua conveniatur. Aliud est dominum esse rei, seu rem esse alicuius; aliud esse dominum litis. Dominus rei est, ad quem commodum, aut incommodum rei suo nomine pertinet, *L.* 1. §. *in propria*, *D. quan. app. sit.* Hic quidem iudicati actione tenetur. Sed non est huius generis procurator, qui alieno nomine, non in rem suam suscepit actionem. Dominus autem litis dicitur, qui iudicii et instantiæ dominus est, quod contingit procuratori lite contestata: quia eius iudicii actionem retinere potest pro arbitrio, et pro arbitrio in alium transferre. Ea res vero procuratorem rei dominum non facit: utpote ad quem certum sit, neque commodum rei, neque incommodum pertinere, *L. si procurator*, 28. *D. de procur.* Quod autem dicitur, iudicio suscepto contrahi obligationem iudicati: hactenus verum est, nisi si quid contra actum sit. Iam enim dixi, nulla ex caussa obligationem nasci posse in negotiis gerendis, ubi hoc ipsum non agitur, ut obligatio nascatur, quod pene diserte scriptum est in *L. non omnis*, *D. si certum pet.* Nec dubium est, id ipsum agi in hac caussa ut dominus teneatur, qui procuratorem dedit, non procurator.

Quæsitum est, † an qui iudicati actione 11
non tenentur, tutor, aut procurator, et similes defensores, saltem in eos actio danda sit de sumptibus litis, quibus ipsi temere litigantes caussam præbuerunt. Et placuit etiam hoc nomine in dominum dari, non in tutorem aut procuratorem, *L. qui solum.* 78. §. *etiam*, *D. de legat.* 2. Sane ob dolum † 12
suum et calumniam condemnari, et conveniri possunt tutores, et procuratores, *L. non est ignotum*, *C. de admin. tut. L. unic.* §. *si procurator*, *D. si quis ius dicenti non obtemp.* Sed multum interest, utrum tutor, tamquam tutor, procurator tanquam procurator, idest, alieno nomine, et alienam sustinentes personam condemnentur: an vero condemnentur suo nomine, et de facto suo. Illic res aliena est: itaque hoc semper agi intelligitur, ut dominus teneatur. Hic de re sua convenitur tutor et procurator, cuius nomine condemnari se inique ferre non debet, et condemnati actionem iudicati recusare non possunt. Sic autem suo nomine condemnari possunt, si exceptiones allegent, quas postea constiterit iudici falsas, aut calumniosas esse. Argum. *d. L. non est ignotum*, *C. de admin. tut. et L. tutorem*, *D. de iis quæ ut iud. auf.*

Ad §.

Ad §. Ait prætor.

Ait prætor, *Condemnatus, ut pecuniam solvat.* A iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat. Quid ergo si solvere quidem paratus non sit, satisfacere autem paratus sit? Quid dicemus? Et ait Labeo, debuisse hoc quoque adiici: *Neque eo nomine satisfaciat*; fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat. Sed ratio pecuniæ exigendæ hæc fuit, quod noluerit prætor obligationes ex obligationibus fieri: idcirco ait, Ut pecunia solvatur. Ex magna tamen et idonea caussa accedendum erit ad Labeonis sententiam.

SUMMARIA.

1. *Exigi a condemnato Prætoris Edicto ut pecuniam solvat*, satisdationem *contra repudiari.*
2. *Quæ fuerit hac de re Labeonis sententia et quam habeat rationem.*
3. *Quomodo prætoris Edictum tuetur Ulpianus.*
4. *Sententiam Labeonis* ex magna et idonea caussa *probat Ulpianus.*
5. *Magna et idonea caussa quæ sit, notatur et de re vulgaris sententia.*
6. *Sententia auctoris.*
7. *An et sine caussa audiri non debeat condemnatus, si satisfacere paratus sit, quæ probare videntur: Ea refelluntur.*

1 EXigit Prætor † a condemnato, ut pecuniam solvat. Hoc districte qui exigit, non admittit satisfactionem. Nam inter solutionem, et satisfactionem etiam in re ipsa multum interest. Solvere est re præstare, quod debetur, *L. solutam, D. de solut.* Satisfacere vult, qui offert fideiussorem, expromissorem, aut pignora, aut quid aliud pro eo, quod petitur, quibus ultro a creditore admissis, re ipsa satisfacit creditori, *L. promissor.* §. *ult. D. de const. pecun. L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. action.* Quæ inter se
2 plurimum distant. Id Labeo † ex verbis edicti non negabat: sed contendebat etiam de satisfactione in edicto adiici debuisse: ut quoniam Prætor polliceretur actionem iudicati, si condemnatus pecuniam non solvat, sic potius edictum concipi debuerit: si non solvat, neque eo nomine satisfaciat: declarans condemnatum non tantum solventem, sed etiam satisfacientem, idest, idoneum expromissorem offerentem pignorum captionem et distractionem evitare. Quæ sententia non caruit ratione. Nam actione iudicati non aliud consequetur creditor, quam ut pignora capiat in caussam iudicati, quæ deinde in eam ipsam caussam distrahantur. Et quid interest, quæso utrum pignora in eam rem capiat, an accipiat fideiussorem, aut expromissorem: quando utraque via eodem modo illi cautum videtur? Notandum tamen exegisse Labeonem a condemnato idoneum expromissorem, non fideiussorem. Sic enim eius verba sunt: *fieri enim posse, ut idoneum expromissorem habeat.* Quod non otiose ita scriptum est. Nam si fideiussorem condemnatus daret, quamvis admittente creditore: non ideo tamen cessaret adversus eum executio iudicati, ut diserte scriptum est in §. *sequent.* Est enim fideiussor, qui id ipsum promittit, et fide sua esse iubet, quod debet reus principalis: nec aliud est fideiussorum obligatio, quam accessio principalis obligationis, §. *fideiussorem*, *Instit. de fideiuss.* Unde satis intelligitur fideiussore dato, ita ex ea caussa obligari fideiussorem, ut reus ipse, qui eum dedit, pariter obligetur, ut ante, et quidem primo loco, cum obligetur fideiussor per accessionem. Quod si fit, perspicuum est iudicati actionem et executionem quæ adversus reum fuit, fideiussoris accessione non mutari, sed confirmari et augeri potius. Expromissor autem, cum pro obligato datur, is intelligitur, qui ita pro alio quid promittit, ut obligationem novandi animo in se transferat, reo principali liberato, *L.* 4. *D. de cont. caus. dat. L.* 8. §. *si convenerit*, *et L. aliquando*, *D. ad Velleian. L. qui libertinus.* §. *nihil*, *et* §. *ult. D. de oper. libert.* Quomodo si quis condemnatus vice sua alium reum det, non dubium est, quin amplius iudicati actione non teneatur. Hoc vero admittendum, si quis idoneum expromissorem offerat: et eum qui id faciat, evitare iudicati actionem Labeo putavit, ea ratione motus, ut probabile est, quam supra dixi. Ulpianus hoc loco † sic tuetur edictum, ut ostendat 3
recte fecisse Prætorem, qui a condemnato hoc solum

solum exegerit; ut pecuniam solveret, eademque opera expromissorem quamvis idoneum, omnemque aliam satisfactionem ad evitandam iudicati executionem repudiarit. Noluit enim, inquit, obligationes ex obligationibus fieri: obligationem expromissoriam videlicet ex obligatione iudicati. Et merito noluit: illo enim admisso eveniet, ut lites nascantur ex litibus. Nam expromissor si solvere pecuniam non vult, non statim cogi potest: sed novo iudicio cum eo agendum est: sententia adversus eum accipienda. Sic denique procedendum; ad executionem iudicati ut præscribitur in *L. 1. C. de exec. rei iudic.* Hoc autem lites ex litibus nasci leges aversantur, tanquam rem bono publico, et saluti Reipub. inimicam, *L. terminato, C. de fruct. et lit. expens.* et iam ante a principio ostendi, id semper diligenter cavisse legislatores, ut esset in civitate, quam minimum litium. Quod exemplum et magistratus iuris et utilitatis publicæ custodes sequi debent. Hoc incommodum in pignoribus in caussam iudicati captis non metuimus, hæc enim ita capiuntur, ut statim et sine nova ulla lite distrahantur. Et tamen, ne omnino abs re
4 in hac caussa existimemus † Labeonem admisisse satisfactionem, sive idoneum expromissorem: fatetur Ulpianus ex magna et idonea caussa accedendum esse ad Labeonis sententiam.

Ex magna tamen et idonea caussa,) Quæritur,
5 quæ † sit hæc magna et idonea caussa. Et video omnes in hoc consentire, ut dicant de eo statuendum esse ex condemnati facultatibus, et rei qualitate: ut cuius magna est inopia, si idem non inhonesta ex caussa conveniatur, is audiendus sit idoneum expromissorem offerens: quia scilicet in *L. 2. supr. et L. debitoribus, infr. eod.* traditum sit ex his caussis tempus legitimum arctari, aut prorogari posse. Sed exemplum non congruit. Quæcunque enim res in supra scriptis locis commemorantur, propter quas legitimum tempus prorogari potest, hæ nihil amplius reo tribuunt, quam dilationem. Quo minus dilatione finita reus iudicati recte conveniatur, non efficiunt, *d. L. debitoribus.* Itaque nihil ad hanc caussam, de qua agitur, pertinent. Agitur enim de eo, qui expromissore dato, hoc facto se necessitate solvendi et simul iudicati actione liberari postulet. Alia igitur caussa, quæ id præstet, quærenda est.

Mihi hæc † iusta et sola esse videtur, si ni- 6
hil intersit creditoris, utrum potius debitoris pignora capiat, an expromissorem, qui offertur. Neque enim honeste creditor debitori denegare potest, quod debitori prosit, ipsi nihil noceat, *L. 2. §. quamquam, D. de aq. et aqua plu. arcend.* ut autem ipsius nihil intersit, utrum faciat, vel potius ut etiam ei utile sit expromissorem admittere, sic [1] evenire potest: si reus pauper, et rebus omnibus aliis destitutus immobilia tantum possideat, et ipse expromissorem det locupletem non tantum facultatibus, sed etiam conveniendi facilitate. Nam hoc expromissore admisso, si postea cum eo agat creditor, facilius ad ius suum perveniret, quam si immobilia potius capiat, ut ea distrahat. Etenim dives expromissor solvet potius, quam litigabit. Si litigare mallet, cito damnabitur, liquet enim de obligatione. Si tempus ei dabitur (quod breve esse oportet, ut adversus hominem locupletem) tamen quodcunque id erit, brevius futurum est omnino, quam illud, quod intervenire oportet in rebus soli subhastandis, et proscribendis. Nam in hac subhastatione certa solemnia præscripta sunt, et longiora tempora constituta, *L. 2. 4. et ult. C. de fid. instr. lib. 10.*

Hæc Ulpianus de sententia Labeonis circa satisfactionem hic admittendam, aut repudiandam. Verendum † tamen, ne et sine alia caus- 7
sa audiendus videatur condemnatus, si satisfacere tantum paratus sit, ut Labeo existimavit. Solventem liberari omnes concedunt, quare et satisfacientem liberari necesse est: postquam recepto iure satisfactio pro solutione habetur, *L. satisfactio, 52. D. de solut.* Sed aliud est satisfacere creditori, aliud satisfacere velle. Satisfit creditori cum ille expromissorem, aut quid vis aliud pro re debita oblatum admittit, eoque contentus est, *L. 1. D. qui satisdar. cogan. L. 5. §. satis, D. de verbor. oblig. dicta L. si rem, §. omnis, de pignor. actione.* Quo fit, ut si hæc oblata recuset creditor, dici possit debitor, his rebus velle satisfacere creditori: revera non faciat satis, quoniam eum contentum non reddat. Satisfacere admittendi creditori pro solutione est: satisfacere velle, quod a satisfactione multum distat, non item, *d. L. item, §. 1. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Itaque quod hic dicitur, eum satisfacere qui expromissorem recusanti offerat, abusive dicitur, et

1) Sic etsi cui pœna debetur, fundos, domos aliasve res oblatas in solutum accipere non teneatur regulariter, si tamen se parata pecunia destitui debitor ostendat, auditur: ne carceribus mancipetur et servatis iis quæ in *auth. hoc nisi Cod. de solut.* obligatione liberatur. Post alios Moll. ad *Nov. elect. Sax.* 22. *p.* 2. *n.* 9.

et ex sensu debitoris, qui hoc ita appellat. Nec obstat quod in L. *promissor*, §. *ult. D. de const. pec.* scriptum est, eum qui constituit se satisfacturum, liberari, si det fideiussorem, aut pignora. Non enim hoc ideo responsum est, quia fideiussoris aut pignorum oblatio invito creditore sit satisfactio: quasi vi et potestate verbi ea oblatio admittatur; sed quia in superiore constituto promissio erit inutilis, nisi in ea fideiussorem aut pignora promissa esse interpretemur. Alterutrum enim necesse esse, aut hæc præstare promissor debeat, aut solvere. Solvere non debet, quoniam id non promisit. Ita relinquitur, ut solum fideiussorem, aut pignora dare debeat. Si modo, inquam, promissionem valere volumus: quod ut fiat, in omni stipulatione, et promissione curandum est, *L. quoties in stipulationibus*, *D. de verb. obl.*

Ad §. Si ex conventione.

Si ex conventione litigantium cautum sit post rem iudicatam ei, cui quis condemnatus est: eveniet, ut hic etiam recedatur: si modo novatio intercessit. Cæterum si non novandi caussa id factum est: manebit ordo executionis. Sed et si pignora accepta sint, vel fideiussores in rem iudicatam: consequens erit dicere, non cessare executionem: quippe cum accesserit aliquid rei iudicatæ, non est a re iudicata recessum. Idem observandum est in eo, cuius procurator condemnatus est.

SUMMARIA.

1. *Cum quis in rem iudicatam sponte cautionem accepit, utrum a re iudicata recessisse videatur; et quomodo distinguendum.*
2. *Quando novatio videatur intervenisse ex Ulpiano.*
3. *Quid ex iure Iustinianeo.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Actionem iudicati manere adversus dominum, etiam procuratore condemnato, et cautione aut fideiussoribus ab isto datis.*

Creditorem non esse cogendum cautionem admittere, ut recedat ab actione et exsecutione iudicati, supra effectum est. Quod,
1 si † sponte cautionem admiserit in rem iudicatam: puta, passus sit idem sibi promitti, aut fideiussores, vel pignora in eam rem acceperit? an sic saltem recessum erit ab exsecutione rei iudicatæ? Et de eo statuit idem hoc loco Ulpianus, quod brevius comprehensum est, in *L. 2. C. de exsec. rei iud.* siquidem novandi animo cautionem aliam admisit creditor, recessisse eum a re iudicata: Si non novandi caussa, manere ordinem exsecutionis. Tot enim verbis in hac re utitur hic Ulpianus, manere obligationem et actionem iudicati, qua in hoc agitur, ut si reus pecuniam non solvit, iudex sententiam exsequatur, pignoribus certo ordine captis et distractis, *d. L. 2. C. de exec. rei iud. L. a divo*, §. *in venditione*, *infr. eod.* Sed novatione priorem obligationem et actionem iudicati tolli, nemo ignorat. Vis enim certa est novationis, *d. L. 1. D. de novat.* Rursum nulla novatione facta veterem actionem manere, quæ nova cautione sublata non sit, ne hoc quidem incertum fuit. Quod igitur hic † dubii
2 fuisse dicemus, in quo explicando Ulpianus laborarit? Nam in re manifesta quærenda, aut probanda id eum facere valde stultum est, de omnino Iurisconsulto non convenit, *L. Domitius*, *D. qui test. fac. poss.* Et observandum est in eo potissimum laborare Ulpianum, ut ostendat id, quod olim dubitationem habuit, quando et quæ nova cautio novandi animo addita videretur aut non videretur: ut illic quidem a re iudicata recessum esset; hic non esset. Itaque hoc significat, si victori cautum sit ex conventione, idest, si promissum, quod debetur, et hac nuda promissione, nempe sine fideiussoribus, aut pignoribus, (id enim cautionis verbum significat, *L. sancimus*, *C. de verb. signif.*) videri novationem intervenisse, eoque recessum a re iudicata, nisi probetur factum id esse non novandi caussa. Cæterum pignoribus datis postea, aut fideiussoribus, nunquam videri recessum quasi facta novatione, et hoc addita ratione: quia tantum absit, ut per fideiussores, aut pignora tollatur, aut infirmetur res iudicata, ut hæc potius ad rem iudicatam accedant, et eam subesse et manere, aperte declarent. Non enim dubium est fideius-

iussores et pignora accessiones esse principalis obligationis, §. *fideiussores*, *Inst. de fideius. L. in omnibus speciebus*, *D. de solut.*
3 Hodie post † constitutionem Iustiniani hæc disputatio est supervacua, cum etsi alia quævis cautioni debitæ intervenerit, nunquam tamen ne sic quidem videatur facta esse novatio, nisi hoc nominatim actum sit, ut novatio fieret, *L. ult. C. de novat.* Interim hoc manebit, quod et ante valuit, et nunc valet, pleniorem cautionem, quæ creditoris caussa comparata sit, ut fideiussoris aut pignorum postea datorum, creditori non nocere, nec quidquam detrahere de præcedenti obligatione, ubi nihil eiusmodi aperte actum est, ut ab ea recederetur. In quo non est quod
4 hæsitemus: etsi hic quædam † occurrant, quæ parum attentis negotium exhibeant. Quod enim dicitur in *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* fideiussoribus et pignoribus creditori admittenti datis, ei satisfieri: non simpliciter dicitur; sed adiicitur, si modo ista data sunt, ut a præcedente aliqua obligatione recederetur, eaque non omni, sed ab obligatione pignoris. Nam ut a principali obligatione discedatur, frustra fideiussores dentur aut pignora: cum principali obligatione sublata non possit esse accessionibus locus, L. *in omnibus speciebus*, *D. de sol. L. cum principalis*, *D. de regul. iur.* Quod si verum est, non est metuendum, ne pignoribus aut fideiussoribus datis, pro debito creditori satisfactum, eoque modo a priore obligatione recessum videatur. Quod autem vulgo dici solet, [1] cautionem hominis tollere cautionem legis, falsum est. Utuntur argumento *L. ult. C. de pact. conven.* qua cavetur, ut mulier tacitam hypothecam habeat, quæ nominatim de ea sibi non prospexit cautione. Quod ad rem nihil pertinet. Hoc enim exemplo efficitur, ei qui privata cautione iam sibi satis prospectum habet, supervacuum esse idem amplius propria aliqua lege dare, aut confirmare: cum quod conventione sua cautum habet, id ipsum et iure publico cautum et constitutum habeat, quod ius tuetur pactiones, ac ne fieri quidem potest, ut hypotheca ei detur, qui eam iam habet. At si quis quid [2] iam a lege habet, qualis est executio iudicati: nemo dicet, eum beneficium legis ideo amittere, quia diligentius de eadem re sibi caverit. Ius enim vigilantibus scriptum est. *L. penult. in fin. D. quæ in fraud. cred.* ac non incommode ita dicetur, cautionem nostram impedire posse id, quod non nisi subsidio nobis dabatur; illud autem, quod ante habuerimus, nullo modo tollere, sed potius confirmare.

Ait, *idem † observandum est in eo, cuius procurator condemnatus est,*) Hoc dicit: 5
Quemadmodum cum dominus ipse condemnatus est si cavit de re iudicata, aut fideiussores in rem iudicatam dedit, manet nihilominus actio iudicati, qua ipse tenetur, ut ante: sic manebit, qualis fuerat, etiam tunc cum procurator condemnatus est, quamvis ipse de ea pecunia caverit aut nuda promissione, aut fideiussoribus datis. Unde intelligitur procuratorem nova stipulatione obstrictum sic teneri iam suo nomine, ut nihilominus iudicati actio in dominum detur secundum ea; quæ initio huius caipitis diximus.

Ad §.

1) Idem axioma impugnat Cuiac. 24. *Obs.* 26. *per L.* 9. *de ann. leg.* ubi ei cui pignore speciali in testamento prospectum est, non minus constituitur pignus prætorium ex missione in possess. rerum hereditariarum. De his regulis Provisio hominis tollit provisionem legis, et contra Provisio legis etc. ut obtineant, fusius Iac. Schult. *addit. ad Modest. Pist. P.* 1. *Q.* 48. *n.* 4. et seq.

2) Cuiac. *d. C.* 26. Si plenior cautio legitima, nec mens mea est, ut eam mihi auferam, munuscula mea nec alius mihi auferre poterit. Et in *d. L. ult. Cod. de pact. convent.* non concurrunt hypotheca tacita et expressa, quia tacitæ ita demum locus, si nulla sit expressa.

Ad §. Si quis condemnatus.

Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat: unde ei tempus iudicati actionis computemus? utrum ex quo sententia prolata est? an vero ex eo, ex quo dies statutus præteriit? Sed si quidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo: repleatur ex lege, quod sententiæ iudicis deest. Sin autem ampliorem numerum dierum in sua definitione iudex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus, et quod supra id iudex præstitit.

SUMMARIA.

1. *Tempus iudicati legitimo longius a iudice præstitutum reo ad solvendum ratum esse debet, non ita quod est legitimo brevius; et quæ discriminis ratio.* et n. 2.
3. *Si tamen breviore intervallo constituto ad solvendum iudex legitimum tempus adimat nominatim, sententiæ standum erit.*
4. *Ex quo tempore iudicati agi possit cur addubitet Ulpianus; verborum interpretatio seqq.* et n. 5.

1 SUmma sententiæ est hæc: si iudex † sententia præstituit tempus condemnato ad solvendum, siquidem longius legitimo: id servandum; si brevius, id reo non nocet, quia nihilominus legitimum sit habiturus. Quod ait, si longius tempus constitutum sit, id valere; recte [1] dictum, et regulis iuris convenienter. Quisquis enim iudex est, qui sententiam dixerit, dummodo competens, rei iudicatæ standum est. *L. 1. C. de re iud. L. cum prolatis, inf. eod.* Parumque retulerit utrum caussa aliqua fuerit prorogandi temporis, an nulla. Nam si iudex diem prorogavit sine caussa, creditor appellare debuit, si non fecit, de se queri debet, ut qui facto suo confirmarit iudicatum. L. *ult. C. de sen. quæ sine cer. quan. pro.* L. 3. *C. quo. et qua.*
2 *iud.* At quod ait, si † iudex minorem diem statuerit, condemnato non nocere, id vero et supra scriptæ regulæ iuris, et priori sententiæ de die prorogato servando adversari videtur. Cur enim ratum est, quod iudex ampliorem numerum dierum coarctavit? Quia rebus iudicatis standum est. Stetur igitur et hic, ubi minorem diem statuit, hac ipsa ratione. Quod enim dicitur rebus iudicatis standum esse, non tunc solum locum habet, cum iudex pro reo iudicavit: sed et tunc, et quidem maxime, cum reum condemnavit. *d. L. 1. C. de re iud. et d. L. cum prolatis, infr. eod.* Ego vero utrobique pariter sententiæ iudicis standum esse fateor. Sed fit contra sententiam, si longiore tempore ad solvendum dato, condemnatus id totum tempus non habeat, quod sententia ei dedit. Contra hanc fieri nego, si minore constituto die, condemnatus etiam legitimum retinet: quoniam iudex aliquod tempus sententia sua dando; non ideo legitimum condemnato adimet. Itaque reus ex sententia quidem iudicis ampliorem diem non habebit, at habebit ex lege, cuius beneficium integrum esse necesse est, postquam iudex nominatim reum ea lege uti non vetuit. Quid ergo, si † iudex legitimum tempus nominatim reo adimeret hoc modo: condemno Lucium Titium, 3
ut intra viginti dies decem, quæ petita sunt, solvat, præcisa ei omni alia dilatione? Consequens est superioribus huic sententiæ standum esse, et si post tempus supra scriptum creditore iudicati agente reus exceptione legitimi temporis utatur, creditorem adversus exceptionem replicatione tuendum esse, si dicat non recte legitimum tempus postulari, postquam hac sententia iudicis ademptum est. Ergo hic non negat Ulpianus iudicem sententia sua tempus iudicati arctare posse (est enim eius, arctare, cuius et prorogare. L. *eius, D. de reg. iur.* ne quis forte hic opponat *L. 2. sup. eod.*) sed innuit eum non arctare tempus legitimum, qui minorem diem sententia complectitur. Et recte: is enim arcta-

1) Recte. Confer Duar. ad *d. L.* 4. §. 5. Ubi ait non definiri *d.* §. 5. quod sit potestas iudici tempus prorogare (intellige quod iuste faciat, nec appellari possit,) sed si fecerit et sententia habeat auctoritatem rei iudicatæ, quomodo id accipiendum; an si dederit sex menses, sint hi omnes intelligendi ultra quatuor a iure datos, an duo solum. Plane extensionem facilius concedi quam arctationem convincit *d. L. 2. h. t.* Vid. Coler. *P.* 3. *C.* 6. *n.* 9. *et* 10. Quomodo iudex possit ex caussa arctare dilationes legales, post plures *Cæs. Contard. in L. diffamari C.* 1. *n.* 40. *Boer. decis.* 45. *n.* 7. Enimvero *Ant. Fab.* 12. *Coni.* 17. *et d.* §. 5. totam et *d. L.* 2. *vers. sed perraro* Triboniano adscribit. Quam vere ipse viderit.

ctare tempus dicendus est, qui ita minorem diem constituit, ut vetet rem longius differri, aut verbis dum sententia id cavet aut re ipsa cum post diem statutum magistratus sta-
4 tim sententiam exsequitur. Verba hic † interpretanda sunt. Ait, *Unde ei tempus iudicati actionis computamus?* Tempus iudicati vocat tempus, ex quo iudicati agi potest. Hoc igitur quærit, ex quo tempore adversus condemnatum iudicati agi potest?

Ait, *Utrum ex quo sententia prolata est,*) De eo aperte et nominatim nihil respondet. Sed satis declarat per contrarium, nunquam agi posse statim, ex quo sententia lata est, cum ita deinceps statuit, semper tempus sententia iudicis constitutum servandum esse condemnato; si quidem amplius est legitimo, totum esse servandum: si minus, id ita servandum, ut etiam quod legitimo deest, accedat. Sed cur tempore ad solvendum sententia constituto quærit Ulpianus, an possit iudicati agi ex quo sententia prolata est: cum si dies non frustra adiecti sunt, ii servandi sint sine dubio propter auctoritatem rei iudicatæ: sin frustra, necesse sit, quasi de tempore nihil cautum esset, continuo locum habere tempus legitimum? Nimirum potuit dubitari, an tempus, quod minus aut maius legitimo constitutum esset, inutiliter adiiceretur, necne: et si adiiceretur inutiliter, an res sic haberetur, quasi nullum tempus competeret, ne legitimum quidem. Sed in promptu responsio est, et si frustra adiiceret in sententia tempus: tamen legitimum salvum futurum. Hoc enim contingeret, si dies in sententia nullus adiectus esset, quod ipsum nunc accidere diceremus, si fateremur frustra adiici. Et cur tantum inutiliter adiiceretur, nisi quia legitimum non liceret mutare, sed id manere oporteret?

Ait, *An vero ex quo dies statutus præteriit?*) Statutum sic † accipe, aut sententia 5
iudicis statutum, aut lege. Nam de utroque tempore respondet Ulpianus, interdum hoc, interdum aliud esse exspectandum: legitimum tunc, cum minor dies sententia iudicis præstitutus est: a iudice definitum tunc, cum iudex ampliorem legitimo diem statuit.

Ad §. Condemnatum.

Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus sit, ut sententia valeat. Cæterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit: dicendum est, condemnationis verbum non tenere.

SUMMARIA.

1. *Quis vere et iure condemnatus sit, ex remotione caussarum æstimari quæ sententiam iudicis infirmant.*
2. *Illas ad quatuor genera posse revocari, et quæ.* 3. *Obiter de singulis.*
4. *An si sententia ex aliqua superiorum causarum nulla esse, dubitetur, eius executio differenda sit donec iudex de eo cognoscat; et quæ tenenda distinctio.*

IUbet Prætor condemnatum pecuniam solvere, et in eum eo nomine dari iudicati actionem. Docet Ulpianus, quis sit condemnatus et quis solvere videatur. Dixi ad L. 1. *sup.* condemnare esse, iubere, ut reus præstet, quod ab eo petitur. Et hoc quidem est
1 in verbi significatione. Illud † in iure est, quod hic monet Ulpianus, ut qui ita iubetur ut dixi, rite et uti ius præscribit, iubeatur ut condemnatio videlicet, et sententia valeat, alioqui nec condemnatus reus videatur. Nempe quod iure factum non est, pro eo habendum est, quasi factum non esset, L. *non dubium*, *C. de legib.* Qui vitiose cavit, non cavit. *L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Qui tutores testamento iure dati non sunt, nec dati videntur. *L.* 3. *D. de test. tut.* Non statuit iudex, quod statutum non tenet. *L* 1. §. *ultim. D. quod quis iur.* Ita plane non est condemnatio; ubi condemnatio sive sententia non valet. Ergo hoc cum accidit, iudicati agi non potest. Quapropter pertinet ad omnem iudicati actionem, et executionem, tenere, quæ sententia valeat: de quo hic dicam summatim, quantum locus postulat. [1]
Certæ † caussæ sunt, propter quas sententia non

1) Plura de Nullitate eiusque processu pete ex Vant. *Tr. de Nullit. Process. et sent.* Lancell. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. sentent.* (ubi casus 63. quib. sententia nulla refert) Vestr. *Lib.* 8. *Pr. aulæ Rom. C.* 1. Gutierr.

non valet. Has si tenebimus, eadem opera, et quæ sententiæ non valeant, e contra quæ valeant, intelligemus. Omnis sententia ob id inutilis est, vel quia non fit is iudex, cuius de ea re iurisdictio fuerit; vel quia non iudicarit; vel quia non iudicarit iuste; vel quia
3 non rite. † Quem iudicem esse oporteat, et superius dictum est Libro decimoseptimo, et nonnihil dicetur ad legem sequentem. Sententia, quasi iudicatum non sit, non valet tribus de caussis: si lata sit caussa non cognita: *L. ex stipulatione, C. de senten. et interl. L. iudices, C. de iud.* (non est enim iudicatum appellandum, ubi non cognoris, quamobrem ita aut ita pronuncies, et quod facis, iudicio non facias) deinde si lis finita non sit: quod ideo sit, quia sententia non contineat condemnationem, aut absolutionem. *L.* 1. *supra eod. L.* 3. *C. de sent. et interloc.* tum si lata sit sententia sine certa quantitate. *L. in sententiis*, 59. *infra eod. tit. C. de sent. quæ sine certa quantitate prof.* Sententia iniusta non omnis nullius momenti est; sed ita, si quid intervenerit eorum, quæ complexus sum omnia diligentius ad *L. Divus*, 33. *infr. eod.* Etiam ritus in sententia ferenda certus constitutus est: de quo item supra suo loco diximus. Is consistit in his rebus, adversus quas si fiat, ideo sententia non tenet: primum ut sententia feratur præsentibus iis, inter quos agitur, aut certe his antea legitimis edictis evocatis. *L. de unoquoque*, 47. *inf. eod.* L. *ea quæ, C. quo. et quan. iud.* tum ut die feriato, ne iudicetur in invitos. *L.* 1. §. *quod si D. de feriis. L.* 4. *C. quo. et quan. iud.* præterea ut iudex iudicet publice et officio præsente ac more maiorum. *L. cum sententiam, C. de sent. et interloc.* postremo ut sententiam recitet ex scripto. *Tit. C. de sent. ex peric. rec.* Quæ omnia supra edicto breviter comprehendi. Quæsitum † est, 4
si adversus actionem iudicati sententia una aliqua ex his caussis nullius momenti esse dicatur, nec de ea re constet: sitne condemnatus audiendus, et executio differenda, donec de ea re iudex cognorit. Et recte videntur [2] sentire, qui dicunt, si de re statim liquere possit, condemnatum audiendum. Arg. *L.* 3. *in pr. D. ut leg. seu fideic. nom.* Veluti si dicat sententiam latam esse sine certa quantitate: continere calculi errorem: latam contra constitutiones, quæ omnia sunt eiusmodi, ut certa fiant continuo inspectis verbis testamenti. Contra, rem differri non oportere, sed condemnatum statim solvere cogendum, si id quod dicitur, longiorem cognitionem desideret: cuius generis est, iudicem pecunia esse corruptum: instrumenta falsa esse, ex quibus iudicatum est, quod his locis satis declaratur, *L. ult. C. de ord. cognit. L.* 2. *C. ad* L. *Cor. de fal. L. ille a quo*, §. 1. *D. ad Treb.* Et sane periniquum est, esse in potestate condemnati per speciem cuiuslibet defensionis rei iam finitæ calumniose moram afferre. Quod tamen condemnatns ex hac caussa solverit, nihil prohibet quominus postea aut tanquam indebitum, aut tanquam quod sine caussa habeatur, condicat. *L. si cum nulla*, 58. *inf. eod.*

Ad §.

Lib. 1. *Pract. Q.* 96. Coler. *de Process. exsec. P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 60. *etc.* ac passim. Menoch. *adip. poss. Remed.* 4. *n.* 879. *et seqq.* Zang. *de Except. P.* 3. *Cap. ult. n.* 62. *usque ad n.* 77. *et deinde n.* 115. *et seqq.* P. Frid. *Lib.* 3. *de Continent. causs. Cap.* 11. *n.* 23. *et seqq.* Bellon. 3. *Suppnt.* 18. Knich. *de Sax. non prov. iure v. litis provoc. nescium Cap.* 1. Rulant. *de commissar. P.* 1. *Lib.* 6. *C.* 5. *et P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 17. et *P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 15. *et seq.* Mynsing. 1. *Obs.* 20. et 27. *et* 4. *Obs.* 62. *et* 2. *seqq. et* 5. *Obs.* 91. *et seqq. et* 6. *Obs.* 4. Gail. 1. *Obs.* 127. *et* 135. Wrmser. *Tit.* 24. *Obs.* 33. et *seqq.* Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 231. Anton. de Gamma *Decis.* 237. Meichsn. *Tom.* 1. *Lib.* 1. *Decis. cam.* 28. *n.* 42. *et seqq.* et *Tomo* 2. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 62. *et seqq. et Tom.* 3. *Decis.* 20. *n.* 57. *et seqq.* Curt. Senior. *Cons.* 65. *n.* 19. Vult. *Cons. Marp.* 22. *n.* 56. *et* 85. *et seqq. vol.* 3. Nullitatem vero allegare nequit qui ei caussam præbuit per *L.* 1. §. 8. *de inspic. ventre.* Cravetta *Quæst. de indemnit. mulier post. Tr. de antiq. temp. n.* 33. Et nulla sententia ex consensu partium valet in vim pacti, Wurmser. *Tit.* 22. *Obs.* 6. Vant. *de Nullitatib. tit. ult. n.* 18. *et seq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de sentent. Resol.* 1. declarans, modo materia apta sit, de qua partibus disponere licet. Ususque servat, ut quæstio nullitatis cum appellatione cumulari possit Wes. *Cons.* 1. *n.* 26. (Apud suos nec de nullitate queri nisi appellationis ope licere Ant. Fab. *Cod. suo tit. de re iud. def. ult. et tit. de temp. app. def.* 13.) De appellatione a sententia nulla, eiusque effectu non suspensivo, ast devolutivo Blarer. *in L. Diffam. Cap.* 10. *n.* 25. *ac seq.* Confer. P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell. Cap.* 16. Neque ea iure Sax. nisi 31. ann. et 6. hebdomatibus tollitur, vid. *allegatos a Schult. Q. Pract.* 20. *n.* 41. Etsi autem sententia nulla ipso iure ex iisdem tamen actis iudicari potest, cum utile per inutile non vitietur Alb. Galeot. *Margaritæ auræ Cap.* 26. *n.* 18. Et ita alia est nullitas totius processus, ubi omnia acta vitiosa, alia sententiæ. Vid. Afflict. *Decis.* 28. *et ibi* Cæs. Ursili. Pro iustitia et solemnitate sententiæ quæ et quando sit præsumptio, vid. Cravetta de *Antiq. temp. Part.* 2. §. 1. Vasq. 1. *ill. Contr.* 39. Hartm. Hartm *Tit.* 18. *Obs.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de Sentent. Resol.* 4.

2) Vid. Gœd. *in Clem. un. de sequestr. n.* 7. *et seqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de sentent. Resol.* 3. *n.* 10. *et seqq. et tit. de Exsecut. Resol.* 2. Asin. *Praxi* §. 31. *Limit.* 6. Afflict. *Decis.* 39. *n.* 5. Et quod nullitas non impediat exsecutionem, si per viam principalis petitionis, sed si per exceptionem proponatur, Wurmser *Tit.* 24. *Obs.* 24.

Ad §. Solvisse.

Solvisse, accipere debemus non tantum eum, qui solvit: verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quæ ex caussa iudicati descendit.

SUMMARIA.

1. *Quis iure solvisse intelligatur.*
2. *Quando scribentis sententiæ conveniat solutionis verbo reliquas præter numerationem species liberationis contineri.*

SOlvere proprie est, pecuniam debitam numerare, aut re ipsa præstare, quod debetur. *L. solutam*, 49. *D. de sol.* Quam proprietatem in edicto de re iudicata si sequimur, is solum iudicati actione non tenetur, qui pecuniam numeravit. Ulpianus au-
1 tem hic admonet † solvisse eum intelligi in hoc edicto debere, ac proinde iudicati non teneri, non tantum qui solvit (quod valet non tantum qui proprie solvit, idest, qui pecuniam numeravit) sed omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quæ ex caussa iudicati descendit, puta novatione, acceptilatione, pacto. Idem de verbo solutionis etc. Paulus scripsit in *L. solutionis* 54. *D.* de solution. *Solutionis*, inquit, *verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur*, *quam ad nummorum solutionem.* Quod ex mente et sententia scribentis ab utroque dictum esse accipiendum est. Revera, et specie aliud est solutio, aliud acceptilatio, aliud novatio, et si quæ sunt aliæ species liberationis. Vim et potestatem si spectes, omnia solutionis vim habent, quibus non aliter debitor liberatur quam solutione. Ut dicendum sit de omnibus ius idem statui debere. *L. illud*, *D. ad leg. aquil. L. non possunt et L. seq. de legib.* Itaque superior solutionis definitio non est illi absimilis, cum dicimus hoc verbum, *si quis*, tam masculos, quam fœminas continere, *L. verbum hoc*, *D. de verb. sign.* Neque enim continet, si quis genus et propriam verbi significationem consideret, utpote quod genere, et figura masculis tantum conveniat. Sed est hic mos et sententia loquentium, ut sub excellentioris sexus appellatione compendio orationis uterque sexus intelligatur. *L. si ita scriptum*, 45. *D. de leg.* Sane tunc † necesse est, eo- 2
que et sententiæ scribentis convenit, solutionis verbo cæteras liberationis species accipi, cum lex aut edictum solventi aliquid ita tribuit, ut solutionis tantum verbo utatur, ut in hoc edicto factum est: *condemnatus*, *ut pecuniam solvat. Si non solvet*, ait Prætor. At quod edictum et superius illud Pauli de solutionis verbo scriptum esse inscripto *d. L. solutiones*, *D. de sol.* indicat. Id enim fragmentum sumptum est ex Libro Pauli 56. *ad edictum*: quo libro disseruit Paulus de confessis, ut apparet ex inscriptione. *L.* 1. *D. de confes.* Eodem autem edicto et de iudicatis et de confessis Prætor cavit. Quod si eodem loco solutionis et satisfactionis verba coniuncta sint: neque necesse est, neque adeo est ex scribentis sententia solutionis verbo acceptilationem, novationem, aut similes liberationes subiicere: cum hæ satis significentur verbo satisfactionis, quod consulto ideo tantum additum est, ut illo significarentur. Et hoc est, quod Marcianus in *d. L. solutam*, 49. *D. de solut.* ad formulam hypothecariam scribens, ut inscriptio declarat, idest, de hypotheca disserens, et inter cætera de eius liberatione, ut verba ostendunt, ait, *si acceptum latum sit*, *ad liberationem hypothecæ non perficere quidem verbum solutionis*, *sed satisdationis sufficere.* Nempe quia de liberando pignore ita edictum conceptum erat, ut placeret pignus solvi, aut eo nomine competere pigneraticiam actionem, si aut pecunia soluta esset, aut eo nomine esset satisfactum. *L. si rem*, §. *omnis D. de pign. act. L. Item D. quibus modis pign. vel hypoth. sol.*

Ad §.

Ad §. Celsus *ult.*

Celsus scribit, si noxali condemnatus, eum servum, in quo usus fructus alienus est, noxæ dedisti: posse tecum adhuc agi iudicati. Sed si usus fructus interierit, liberari ait.

SUMMARIA.

1. *Specie h. §. servi videlicet noxæ dediti, et a fructuario avocati ostendit Ulpianus neminem solvere videri qui pecuniam numerat aut rem prestet, quæ possit iure avocari.*
2. *In specie hic ab Ulpiano proposita animadverti posse* I. *servum noxæ deditum avocari posse a fructuario. Exponitur* L. locum §. pen. D. de usufr.
3. II. *Manere adversus eum, qui condemnatus fructuarium noxæ dedit, iudicati actionem.*

1 Dominus † ex noxa, et maleficio servi conventus, eo nomine condemnatus est, liberum ei est, ut evitet litis æstimationem, servum noxæ dedere. *L. 1. D. de nox. act. tit. Inst. eod.* hunc dedere solvere est, *L. miles*, 6. §. 1. *infr. eod.* Si in hoc servo usus fructus sit alterius, Celsus scripsit, adhuc cum domino iudicati agi posse nisi usus fructus finitus erit, *L. si hominem.* 69. *D. de solution.* significans eum, qui ita solvit, non videri solvisse, quod Prætor exigit. Cur autem non solvit? quia hunc servum non perfecte fecit accipientis: potest enim a fructuario avocari confessoria actione. Hoc exemplo demonstrare voluit Ulpianus, solutionis verbo neminem pecuniam numerando, aut rem quæ debetur, præstando, solvere videri, si res ita præstetur ut aliquo modo possit iure avocari, quod apertius traditum est; in *L. si rem meam*, 20. *L. cum quis.* 38. §. *qui hominem*, *D. de solution.* Interim in specie proposita ex sententia Celsi et Ulpiani duo
2 notanda sunt: nempe † et servum de quo hic agitur noxæ deditum a fructuario avocari posse: et cum avocari possit, manere semper adversus eum; qui condemnatus eum noxæ dedidit, iudicati actionem, quorum utrumque est verissimum. Nam quod in *L. locum*, §. *pen. D. de usufr.* scriptum est, denegandam esse in hac specie fructuario persecutionem servi, nisi ei qui noxæ accepit, offerat fructuarius litis æstimationem: non efficit eum servum avocari a fructuario non posse, sed potius avocari posse confirmat. Is enim avocari potest, nec perfecte fit accipientis, qui aliquo modo potest avocari vel oblata saltem litis æstimatione. Nam si perfecte accipientis fieret: quamvis duplum fructuarius offerret, non tamen posset servus qui semel accipientis esset, invito auferri. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur. L. non est*, *C. de resc. vend.* Quanquam etiam in proposito recte defenditur, fructuarium in eius servi, de quo agimus, persecutione non semper litis æstimationem offerre debere, ut servum consequatur. Tunc offerre eum debere intelligendum est, cum aut ipse fatetur servum noxam nocuisse, aut is qui servum noxæ accepit, id probat; quod si et neget fructuarius, et is cum quo agitur, non possit adversus fructuarium probare: sine dubio fructuarius servum, quamvis nulla oblata litis æstimatione, recipiet. Non enim debet res adversus proprietarium iudicata fructuario nocere, *L. sæpe*, *pen. infr. eod.* Porro, ut nihil hic dici posset amplius: tamen vel unus hic metus satis est, ut dici possit etiam nulla litis æstimatione a fructuario oblata servum
ab eo avocari posse. Quod autem † ad iudi- 3
cati actionem attinet, quam hic adversus eum, qui servum fructuarium noxæ dedidit, competere dicimus: quam recte dicatur, perspicuum est. Is enim noxæ dedidit, qui prius noxæ nomine condemnatus erat, eoque et iudicati actione iam ante deditionem tenebatur. Necesse est manere hanc actionem, si non erit sublata, neque vero tollitur, si condemnatus creditori, ut oportet, non solvit, quod hic accidit. Quod si mihi proponas eum, qui noxæ nomine conventus ante sententiam servum fructuarium noxæ dediderit, atque ita consecutus sit, ut absolveretur: perabsurdum est, existimare adversus hunc post noxæ deditionem iudicati actionem esse, adversus quem ante nunquam iudicati actio nata est: ac nec nasci potuit, ut qui non sit condemnatus. Id vero tantum abest, ut negemus hoc loco, ut maxime superiore sententia confirmemus. Quare quod in hac posteriore specie adversus eum, qui servum fructuarium dediderat, non iudicati,

cati, quæ hic esse non potest, sed de [1] dolo actionem dari legimus in *L. si quis affirmaverit*, 9. §. *et si servum*, *D. de dolo*, neque mirum videri debet, neque cum hoc loco non optime convenire putandum est.

1) Ita et conciliant Duar. ad *L.* 4. §. *ul. h. t. ac* Pac. *et* Ant. Fab. Vid. *not. supr. Lib.* 15. *Civil. Comment. C.* 41. *N.* 25.

Ad L. Ait prætor. 5.

Idem libro 59. ad Edictum.

Ait prætor, *Cuius de ea re iurisdictio est.* Melius scripsisset, *cuius de ea re notio est.* Etenim notionis nomen ad eos pertinet, qui iurisdictionem non habent; sed habent de quavis alia caussa notionem.

SUMMARIA.

1. *Rem iudicatam esse tum demum, cum fuerit a competente iudice iudicata: et quis sit iudex competens*, et n. 5.
2. *Notantur ab Ulpiano in h. L. illa edicti verba:* cuius de ea re iurisdictio est, *et quare* et n. 4.
3. *Ulpiano potius illa probantur*, cuius de ea re notio est. *ibid.*
3. *Notionis verbum latius patet quam iurisdictio; ideoque exponendæ prætoris sententiæ opportunius* et n. 2. et 4.
5. *Tria desiderari ut quis sit competens iudex, et quæ illa.*

AIT Prætor, *Cuius de ea re iurisdictio est.*) Hæc verba quibus cohæserint in edicto, sic coniectura assequi possumus. Con-
1 stat † ex sententia iudicis actionem esse iudicati. *L. miles, seq.* §. *ultim.* Hanc sub conditione dari, si res iudicata erit; dubium esse non potest, alioqui non diceretur actio iudicati; ac frustra etiam hic quæreretur, quid sit res iudicata: quid sit in *L. infr.* 5. Tum vero nihil profuerit rem esse iudicatam, si non sit a competente, et suo iudice iudicata. *Tit. C. si a non competente iudice fuerit iudic.* Est autem competens iudex is, cuius de re controversa est iurisdictio. Ex quibus iam colligere possumus in edicto scriptum fuisse ad hunc modum: *Si res, de qua agitur, ab eo, cuius de ea re iurisdictio est, iudicata esse dicetur*, et quæ sequuntur: in quæ verba supra edictum a me initio conceptum est. Hanc igitur partem edicti hoc loco attingit Ulpianus, quæ est de
2 iudice competente. In qua nihil aliud † notat, nisi hoc, [1] melius scripturum fuisse Prætorem, *cuius de ea re notio est*: hac ratione quod notionis verbum sit generale pertinens, non solum ad eos qui iurisdictionem habent, sed ad eos etiam, qui habent de quavis alia caussa notionem. De quavis alia caussa, sic accipe, quam ea, de qua nunc agitur, et in qua forte res indicatur ab iis, quorum est iurisdictio. Hoc de notionis verbo an vere dicat Ulpianus, et eo concesso an ideo recte colligat, Prætorem melius usurum fuisse verbo notionis, quam iurisdictionis, non aliter statuere possumus, quam si sciverimus, quid sit iurisdictio; quid notio; qui iurisdictionem habeant; qui notionem tantum. De quibus nihil necesse est inculcare ea, quæ a me de his diligentius exposita sunt Libro XVII. Tantum breviter dicendum est, quod ad hunc locum intelligendum sufficiat. Est igitur iurisdictio, quod illic pluribus exposui, potestas iuris dicendi, statuendive pro imperio: idest, ita statuendi, ut quod dixeris efficere possis, ut ratum sit: quod is qui ius dixit assequitur iis remediis, quæ ius dicenti tributa sunt adversus nec obedientes cives, quibus prout res quæque exigit, extorquet ab in-

1) Convenit Baro *lib. Var. QQ. de Iurisd. fol.* 40. Melius, ait, id est, magis proprie. Licet edictum defendi possit iuris interpretatione, quia qui iubet iudicare, ipse ius dicere intelligitur, et ita qui condemnatus a pedaneo, videtur ab eo cuius est iurisdictio.

3 invito parendi voluntatem. Notio † autem potestas cognoscendi de re controversa. Nam quæ hic notio appellatur, ea nominatur cognitio, in *L. sæpe. et L. seq. D. de offic. præsid.* Quod si potestas est cognoscendi: est et iudicandi: ut sit plena definitio: Notio est potestas de re cognoscendi, iudicandique. Sciendum est enim duo hæc, cognoscere, et iudicare, ita inter se esse devincta, ut seiungi non possint. Nam nec iudicare quisquam potest, nisi caussa prius cognita: *L. iudices, C. de iud.* et quisquis de re cognovit, etiam de ea iudicare non tantum potest, sed etiam cogitur. *L. de qua re, D. de iud.* Hæc potestas, et sine imperio esse potest, et cum imperio ac potestate exsequendi, quod iudicaris, coniuncta: idque est, quod dicitur in. *L. notionem, D. de verbor.* significat. *notionem accipere* nos debere, et *cognitionem et iurisdictionem.* Nam quæ notio sine imperio est, notio sive cognitio tantum est: quæ cum imperio, ea est iurisdictio, ut appareat in cognoscendo, iudicandoque notionem nomen generis esse; iurisdictionem speciei dumtaxat. Iam vero iurisdictionem, idest, noscendi, iudicandique potestatem cum imperio habent magistratus ii, qui constituti sunt, ut populo ius reddant. *L. 2. §. post originem, D. de orig. iur. L. 1. de iud.* his proximi sunt, qui illorum vice funguntur; quibus scilicet ab illis mandata est iurisdictio. *L. solet, D. de iurisdict. L. 3. D. de offic. eius, cui mand. est iurisd.* Cognitionem autem nudam, idest, sine imperio, babent iudices, qui a supra scriptis personis dati sunt. *L. ult. in prin. et vers. Sed ne quis, C. ubi et apud quem cognit. in int. rest. ag. sit.* Atque horum utrumque ex eo intelligi potest, quod illi, (magistratus dico) et qui mandatam iurisdictionem habent, sententiam et suam et iudicum a se datorum exsequi possunt: hi non possunt. *L. a Divo, 15. infra eod.* Hæc cum ita sint, hoc sentit Ulpianus: si *notionem* dixisset Prætor intelligeretur polliceri iudicati actionem non tantum ex eorum iudicum sententiis, qui iurisdictionem habent; sed etiam eorum, qui habent notionem tantum, sine iurisdictione, nam utrumque genus *notionis* verbum continet. Nunc autem ille iurisdictionis verbo usus est: quod verbum ad magistratus, et eos, qui sententias suas exsequi possunt, tantum pertinet: quasi iudicum datorum sententiæ non valeant, aut minus pariant iudicati actionem, quam superiorum, quod falsum est *d. L. a Divo.* Melius ergo dixisset, *cuius de ea re notio est*, ut hoc verbo superiores omnes, tanquam idoneos iudices, aperte complecteretur.

Interim sciamus non male Prætorem dixisse, *cuius de ea re iurisdictio est*, hisque verbis etiam contineri iudices datos. Re enim a iudice dato iudicata, perinde hoc habendum est, quasi iudicata esset ab eo, qui eum iudicem dedit. Videtur enim magistratus iudicavisse per iudicem, cuius fidem et prudentiam elegit. Veruntamen hoc obscurius est: quia ratiocinatione colligitur. Idcirco observandum est † Ulpianum non dicere, 4
male scripsisse Prætorem, *cuius de ea re iurisdictio est*: sed melius scripturum fuisse, *cuius de ea re notio est.* Ideo haud dubie, quia notionis verbum ad rem explicandum est apertius. Itaque in sententia, et mente Prætoris nihil reprehendit Ulpianus: ut quam in utroque verbo eandem esse tacite fatetur: tantum in verbis edicti ad eam sententiam declarandam maiorem expressionem desiderat.

Cognita Ulpiani sententia, hoc etiam relinquitur, in verbis edicti, ut quæratur, quis
† sit is, cuius de re, de qua agitur, iurisdictio sive notio est. Et constat eum esse; 5
qui in rescriptis Imperatorum, competens index, idest, idoneus dicitur Tit. *C. si a non comp. iud. iud. esse dica.* Sed hoc quæritur amplius, quibus in rebus positum sit, ut sit talis iudex, quem dicimus. Et quod hoc loco summatim ac velut per indicem dicendum sit post tam multa, quæ ut pro instituto, de hoc genere superioribus libris disseruimus: cum quæritur, an sit competens iudex, tria in summa consideranda sunt, quibus hæc potestas continetur. Primum an sit iudex, qui iudicat, quod ita fit, si aut erit magistratus, qui iuridicundo præest: *L. 1. D. de iud.* aut is cui ab eo mandata sit iurisdictio: *L. solet, D. de iurisdiction.* aut certe ab istis iudex datus sit. Possunt enim illi iudicem dare; *L. cum Prætor, §. 1. D. de iud.* ac multo magis Princeps, ut qui ab his rite datus sit, is non minus sit idoneus iudex: *L. penultim.* quod si quis aut privatus sumptus sit, quamvis ex compromisso, aut etiam a iudice dato datus sit, is non est iudex, nec quod dixit, rei iudicatæ habet authoritatem. *L. a iudice, C. de iud. L. 3. C. de iurisdict. omn. iud.* Datum tamen superioribus sic iudicem esse intelligemus, si sit ea ætate, qua possit iudicare, quæ in iudicibus datis certa est: in magistratu nulla; quoniam hunc Princeps dat. De quo dixi ad *L. quæsitum, 60. infr. eod.* Secundum considerandum, an inter eos iudicaverit, in quos iurisdictionem habet: idest, qui eius territorio sunt subiecti. Nam extra territorium ius dicendi impune non paretur, *L. ult. D. de iurisdict. L. 1. in fin. D. quod quisq. iur.* Tertium, an iudicaverit intra iurisdictionem suam, idest, de ea re et sum-

summa, quæ eius cognitioni commissa est. Nam nec supra iurisdictionem ius dicenti parere cogimur *dicta L. ultim. D. de iurisdict.* Ita qui de criminalibus caussis iudex constitutus est, si de civili iudicavit, nihil egit: ut qui de possessione datus, iudicavit de proprietate, *L. 1. 2. 3. C. si a non compet. iudic.*

Ad §. Si iudex. *ult.*

Si iudex aliquem sic condemnet, ut quod habet ex testamento, vel codicillis Mævii, restitueret Titio: sic accipiendum est, quasi quantitatem nominaverit, quæ testamento, vel codicillis relicta est. Sed et si fideicommissum sine scriptura pronuntiatum est, idem erit probandum.

S U M M A R I A.

1. *Nullius momenti esse sententiam quæ non habeat certam condemnationem.*
2. *Certa condemnatio aut verbis exprimitur, aut demontratione aliqua significatur: exempla.* et n. 3.
4. *Prior* §. *huius species, eiusque sensus exponitur.*
5. Pronuntiatum *in fine h.* §. *quo sensu accipiendum.*

1 Certi iuris est † [1] nullius momenti esse
sententiam, quæ certæ rei et quantitatis condemnationem non habet, cuiusmodi hæc sunt: Omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve: aut, quæ bona fide accepisti, solve, *L. penult. et L. ult. C. de sent. quæ sine cert. quant. prof. L. in sententiis*, 59. §. *ultim. D. h. tit.* Certæ rei, et quantitatis condemnatio quomodo hic accipienda sit, declarat exemplis, cum hoc loco, tum in *d. L. in sententiis*, *in princip.* Ex qui-
2 bus hæc definitio † colligitur, non tantum certam esse condemnationem, cum iudex in condemnatione quantitatem certam exprimit verbis, in quam reum nominatim damnet: sed etiam tunc, [2] cum certa quantitas alicubi expressa est, et iubet iudex reum id præstare, quod eo loco continetur: ut sciamus nihil interesse, utrum rem aliquam demonstres, an lo-
3 cum, in quo ea res delitescit. Exempla † hæc
sunt: si actor certam quantitatem petiit et iudex iubeat reum solvere, quod petitum est, quod exemplum est *L. in sententiis*: aut si quid certi relictum sit testamento aut codicillis, et iudex reum a quo id relictum est, sic condemnet, ut iubeat eum quod ex eo testamento aut codicillis habet, restituere: quod est huius loci exemplum. Quo in exemplo poste-
riori † observetur, non hoc Ulpianum dice- 4
re, valere eiusmodi sententiam, si nihil amplius adiectum sit, quam quod superius posui, et ipse hoc loco proponit: sed hoc dicere, sic eam sententiam accipiendam esse, quasi iudex certam quantitatem nominaverit, quæ testamento vel codicillis relicta est. Sane vero certam quantitatem hæc sententia continet: et si nihil aliud hic quæritur, quam certa quantitas; nihil deest ad vim sententiæ. Sed si hoc quæritur simpliciter, an hæc sententia valeat: non dubium est, quin non valeat, utpote quæ incertam habeat condemnationem. Non enim si quid Titio relictum est, ideo conse-

1) Vid. Mathesil. *ad dict. Tit. Cod.* Corset. *Sing.* 305. Rain. Corse. 1. *indag.* 7. Vant. *Tit. de nullit. sent. ex defect. process. n.* 101. *et* 5. *seqq.* Wurmser. *T.* 22. *Obs.* 2. Stiatic. *Obs. C.* 23. Sarmient. 1. *Select. Interpr.* 13. Ant. Massa Gales. *de Judic. bonæ fid. n.* 20. P. Barbosa *ad tit. D. Sol. matr. P.* 3. *Rubric. n.* 44. et seqq. Sneidvin. in §. *curare* 32. *I. de act. n.* 22. et seqq. Turamin. *Epist. forensi* 36. Sixtin. *Vol.* 1. *Cons. Marp.* 11. *n.* 56. *et seqq.* Coram mercatoribus valere petitionem et sententiam in certam *Decis. Rotæ Genuæ de Mercatura* 21. *n.* 6.

2) Sententia enim declarationem ex actis recipit, vid. Mathesilan. *Sing.* 141. Petr. Barbosa *d. Parte* 3. *Rubricæ n.* 47. sic distinguit: Aut in sententia iudex se refert ad certam partem actorum, et valet illa, atque exinde recipit certitudinem, sive ea pars contineat probationem, scilicet solam partis assertionem in libello per *L.* 5. §. *hoc tit.* Aut non; et tunc si in actis plenæ probationes, ad eas videtur tacite habita relatio. Sin secus, non valet sententia, nec recipit certitudinem ex libello certam quantitatem exprimente, quia ius vetat ex assertione partis sententiam ferri. Ergo ad eam iudex se retulisse non creditur. Ibid. *n.* 48. nunquam sententiam a libello recipere interpretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio. Huc spectat Brocardicum vulgare: Relatum inest referenti cum omnibus qualitatibus, nec refert an res exprimatur nominatim aut per relationem ad aliud. De quo vid. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 7. *n.* 183. *et seqq.* Hartman. Pist. *L.* 3. *Q.* 29. Iac. Schult. *Obs. forensi* 2. *n.* 4. *et seqq.*

sequens est, id Titium accepisse: nec quicquam apparet ex his verbis, quid aut quantum putet iudex Titium habere. Quapropter eadem semper incertitudo relinquitur. Sed hoc nihil obstat Ulpiano, qui non hoc tractat, an valeat hæc sententia, sed an certam exprimat quantitatem.

Ait, *Sed etsi fideicommissum sine scriptu-*
5 *ra † pronunciatum est*,) Pronunciatum, nuncupatum verbis. Testamenta, itemque codicilli et scripto fiunt, et sine scriptura, *L. ult. in pr. C. de bon. libert.* In his posterioribus dicitur voluntas nuncupari, §. *ult. Inst. de testam. ord. L. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *C. de testam.* Nuncupare est, verbis et lingua enunciare, quod sentias. Id *pronunciare* hoc loco dicitur.

Ad L. Miles. 6.

Idem libro LXVI. ad Edictum.

Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus: eatenus quatenus facere potest, cogitur solvere.

DE specie huius loci dicetur opportunius ad *L. sunt, qui*, 16. *et L. item miles*, 18. *infr. eodem.*

Ad §. 1. *Decem, aut noxæ.*

Decem, aut noxæ dedere condemnatus, iudicati mihi in decem tenetur. Facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem, aut noxæ dedere, non potest decem petere: quia in stipulationem singula per se veniunt: eaque singula separatim stipulari possumus. At iudicium solius noxæ deditionis nullum est sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo iudicati in decem agitur: his enim solis condemnatur. Noxæ deditio in solutione est quæ a lege tribuitur.

S U M M A R I A.

1. *Ab eo qui decem aut noxæ dedere condemnatus est, sola decem iudicati actione petere licere.*
2. *Contraria removentur.*
3. *Summa totius disceptationis.*
4. Noxam dedere *quid Ulpiano significet.*

COnstat a condemnato hoc exigi ut pecuniam solvat: sic enim præcipitur in *L.* 4. §. 1. *supr. eod.* At quam pecuniam? Nam hoc eo loco omissum est. Et sive de eo cautum fuit edicto, sive non fuit, pecuniam intelligere debemus condemnatione comprehensam. Hoc enim expressum est constitutione Iustiniani *L. ult.* §. *ult. illic, statim pecunias, C. de us. rei iud.* Ergo pecunia, quæ in condemnationem deducta est, petitur. Proinde etiam, uti deducta est. Finge reum condemnatum, ut illud, aut illud solvat, quia ita debebat. Nempe iudicati ita agi debebit, ut condemnatio est, §. *huic autem, Instit.*
1 *de act.* Hinc pendet, quod hoc loco † tractat Ulpianus; ipse enim superiorem sententiam de condemnatione res plures continente in omnibus aliis rebus confirmans, speciem unam excipit, de qua hoc loco agit: cum scilicet dominus ex maleficio servi conventus, condemnatus est in decem, aut noxæ dedere, ut iudicem condemnationem concipere in noxali iudicio oportet, *Tit. de offi. iud. in pr.* Statuit vero ita condemnatum in decem solum iudicati teneri, quod hanc significationem habet, decem sola iure ab eo peti posse iudicati actione; noxæ autem deditionem, quæ in condemnationem deducta est, licere actori, si velit, non petere. Cui sententiæ cum
tria † obstare intelligeret Ulpianus, ea ordi- 2
ne removit, in iisque removendis omnis est eius disputatio. Primum obstat illud, quod noxæ deditio hic deberi videtur; quod si debetur etiam peti oportet, non secus, quam de-

decem: ut in duabus rebus disiunctim debitis petitio institui iubetur in *d. §. huic autem, Inst. de action.* atque hic deberi noxæ deditionem argumento esse quis dixerit, quod dominus servum noxæ dedendo liberatur: Cur enim liberatur, nisi quia servum noxæ dedere illum oportuit? Nam profecto pro eo quod debetur, aliud solvi invito creditore non potest. *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Hic respondet Ulpianus condemnatum facultatem noxæ dedendæ ex lege accipere, significans non ideo noxæ deditionem deberi, quia solvi potest. Hanc enim in solutione esse, non quia debeatur; sed quia cum debeantur decem: tamen decem debenti hoc beneficium tribuatur lege, ut servum noxæ dedendo, idest, aliud pro alio solvendo liberetur: nec dubium est, quin hac potestate a lege accepta aliud pro alio solvere liceat. Quæ res ostendit, noxæ deditionem non deberi: ac deinde eam peti non necesse esse. Opponitur præterea huic sententiæ exemplum stipulationis, qua quis stipulatus est a domino decem, aut servum noxæ dedi. Ex hac enim constat non posse stipulatorem decem sola petere, sed cogi ita agere ut decem aut servum noxæ dedi debere intendat *d. §. huic autem de act.* Quod si ita est: par esse videtur, ut ex condemnatione, in qua eadem disiunctio est, eodem modo utrunque petendum sit. Rursum huic obiectioni occurrit ille hoc modo: Indicat stipulationem non esse similem condemnationi; dissimilitudinem hanc esse, quod in hac stipulatione, decem aut servum noxæ dedere, singula per se veniant: per se, idest, principaliter. Argumento esse, quod singula separatim stipulari possimus: idest, decem, sine noxæ deditione; et noxæ deditionem sine decem. Unde intelligi vult, utrumque horum deberi ex stipulatione, et quia debeatur, utrumque petendum esse. At in condemnatione superiore contra, noxæ deditionem in condemnationem non venire, documento esse, quod iudicium solius noxæ deditionis nullum sit, sed pecuniariam condemnationem sequatur. Ubi iudicium interpretari oportet, iudicationem et sententiam: ut sit hæc sententia: iudicatio et condemnatio solius noxæ deditionis nulla est; sed hæc pecuniariam condemnationem sequitur. Recte, nam iudex hoc modo non potest condemnare, condemno Titium ut servum noxæ dedat, aut det decem: sed debet hoc modo, det decem, aut noxæ servum dedat, ut declaratur. *Tit. Inst. de off. iud. in pr.* Quid tum præterea? dicat aliquis. Nempe hoc consequens est, sola decem iudicati actione peti posse. Spectare enim oportet quod principaliter sit, non quod per consequentias, eodem Ulpiano, auctore in *L. 1. D. de auct. tut.* Restat tertia obiectio. Dicat enim quispiam: quamvis noxæ deditio non debeatur, quamvis ne in condemnationem quidem principaliter veniat: attamen saltem in condemnationem venit. Iudex enim condemnat reum, ut det decem, aut servum noxæ dedat. Quod si ita est, et edictum de pecunia condemnatione comprehensa actionem iudicati constituit, ut quam omnino solvi iubet: *L. 4. §. 1. supr.* conficitur superius utrunque vel ex verbis edicti peti oportere. Respondet idem sub finem hoc modo: nihil ad rem pertinere, quod noxæ deditio in condemnationem veniat. Verbis enim hanc quidem contineri in sententia: cæterum re vera reum in decem sola damnari, non etiam in noxæ deditionem, propterea quod hæc non fuerit debita, sed in solutione duntaxat, quæ solutio a lege tribuitur. Quibus verbis hæc significari voluit, sententiam iudicis ita esse interpretandam, uti res est, in quam condemnavit. Si fuit debita: iudicem in eam condemnando, videri condemnasse, in eam tanquam debitam. Sin debita non fuit: iudicem in eam condemnando, magis videri potestatem solvendi reo dedisse, quam imposuisse solvendi necessitatem, quasi verisimile sit, eum iudicasse secundum leges.

Summa † hæc erit: cum reus condemnatus est in decem, aut noxæ dedere, licet ab eo sola decem petere his de caussis. Primum quod noxæ deditio non debeatur: non sit autem necesse petere, quod non debetur; si modo recte definitur actio, ius quod nobis debeatur iudicio persequendi. Deinde quod noxæ deditio principaliter non veniat in condemnationem, sed accedat tantum ad condemnationem litis æstimationis. Postremo quod ne sententia quidem iudicis in condemnationem veniat. Sed videatur fortassis otiosa esse hæc disputatio. Etsi enim dederimus decem sola recte peti: tamen non plus consequetur actor, ita petendo, quam si petierit decem, aut servum noxæ dedi. Semper enim, ut videtur, licebit reo pro ea facultate, quam a lege habet, noxæ deditione fungi: ut est vis et potestas noxalium actionum. *L. 1. D. de nox. act.* Hoc vero falsum est. Si actor ita agit, ut petat disiunctim decem, aut noxæ dedi: habebit reus electionem, utrum solvat, ut accidit in omnibus rebus disiunctim debitis. *L. plerunque in fin. D. de iur. dot.* Sin decem sola petet actione iudicati, iam non poterit reus servum noxæ dedere. Tamdiu enim quis habet noxæ dedendæ facultatem, quandiu iudicati conveniatur, ut scriptum est in *L. item veniunt, §. item recte, D. de pet. hered.* 3

Ait

Ait, *facultatem enim noxæ dedendæ ex*
4 *lege accipit*) Noxæ † dedendæ dixit, ut et in *d. L. item*, *§. idem.* Recte: uterque enim locus Ulpiani est noxæ dedendæ pro noxæ dedendi, ut appareat non omnino abs re esse, quod est apud Iustinianum scriptum sub Titulo, *de noxalibus* actionibus, *noxam* etiam apud veteres significare servum, qui deliquit. His quidem locis hoc sensu ab Ulpiano perspicue usurpatum. Nihil enim est aliud noxam dedere, quam servum, qui deliquit, dedere.

Ad §. Qui iudicati.

Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione, et vi bonorum raptorum ei tenetur.

SUMMARIA.

1. *Post rem iudicatam unam tribui victori actionem iudicati, qua iudicatam per iudicem sequatur.*
2. *Hoc quibus de caussis sit a iure, et quam bene constitutum.*
3. *Iudicati actio instar cæterarum actionum edi adversario debet; forma editionis quæ.*

CUM proximo versu sequenti dicitur, iudicati actionem perpetuam esse, et rei persecutionem continere: pro certo et indubitato iure hoc sumi apparet, rebus rite iudicatis in iudicatum iudicati actionem esse, iudicati nimirum persequendi caussa, quæ qualis sit, postea eo loco exponetur. Sed an
1 † nihil amplius tribuatur victori in condemnatum, quam hæc ipsa iudicati actio, ut re iam iudicata necesse sit iterum nova actione per iudicem pecuniam condemnatione comprehensam persequi, dubitari potest. Quid enim an nihil amplius consequatur victor post rem iudicatam, quam antea? Nam certe et antea actionem habuit. Quorsum ergo attinuit rem secundum eum iudicari? Quid, quod post absolutum semel iudicium nefas esse putatur, litem alteram consurgere ex primæ litis materia? Ut est in *L. terminato*, *C. de fruct. et lit. exp.* Et huc spectat hoc loco Ulpianus, ut debeat nihil præterea victori tribui post rem iudicatam, quam unam iudicati actionem, qua iudicatum a condemnato per iudicem persequatur. Quid enim sibi vult eum, qui iudicati bona auctoritate sua distraxerit, furti actione et vi bonorum raptorum teneri, nisi victorem iudicati bona auctoritate sua distrahere non posse, non magis, quam alterius cuiuslibet nondum iudicati: Porro qui hoc facere, et ius sibi in eam rem dicere non potest, huic nihil aliud relinqui intelligitur, quam quod est in *L. exstat*, *D. quod met. caus.* ut si quas petitiones habet, actionibus experiatur et quod debetur, per iudicem reposcat. Id vero † e- 2
tiam in re iam iudicata recte constitutum est. Primum, si privatus vim facit, periculum est, ne præbeat ea res occasionem maioris tumultus, quamobrem melius est rem per magistratum transigi. *L. non est*, *D. de regul. iur.* Deinde fieri potest, ut iudicatum non sit, quod actor iudicatum dicit. Tum autem etiam reus adversus exsecutionem iudicati multis exceptionibus uti potest. Quid enim, si dicat, se solidum facere non posse? Parata hic exceptio ex *L. Nesemius.* 41. *§. ult. infr. eod.* Quid, si dicat non servari modum iudicati vel lege vel sententia constitutum? Huic quoque exceptioni adversus exsecutionem locus est. *L. ab exsecutione*, *C. quor. ap. non rec.* Quid si mandator condemnatus postulet mandari sibi a creditore adversus correum, eundemque mandatorem suum actiones? Et hic audiendus est ex L. *si fideiussores*, 41. *§. ult. D. de fideiussorib.* Sed etsi filiusfamilias ex mutui caussa condemnatus utatur exceptione Senatusconsulti Macedoniani, audiendum eum esse scriptum est in *L. tamen si* 11. *D. de senat. Macedon.* De quibus omnibus si erit controversia, nempe necesse est aliquem iudicem sumi. Nemo autem in re sua idoneus iudex. *L. Iulianus*, *D. de iud.* At enim iniquum est, post rem iudicatam nihil amplius victorem consequi, quam ante habuit. Sane vero iniquissimum, siquidem iudicati agendo nihil consequeretur amplius. Nunc

Nunc autem actione iudicati [1] res illi prope confecta est. Nam ante vetere actione agens probare debuit, sibi deberi, quod intendit. In iudicati actione nihil aliud quæritur, quam an iudicatum sit. L. *post rem*, 56. *infr. eod.* atque hoc probato res statim mandatur executioni: quod ante rem iudicatam non fit, *L.* 1. L. 2. *C. de exec. rei iud.* Itaque ne illud quidem incommodum hic verendum est, ne videatur lis ex lite nasci, quoniam actio ex actione constituitur. Nam in actione iudicati nulla lis est, si in eo de debito amplius non quæritur; neque enim difficile est, sententiam ex actis publicis probare. Recte igitur, atque utiliter, ut dixi, et post rem iudicatam nihil amplius quam actio ex caus-
3 sa iudicati constituta est. Hinc † tractatum est, an et hic edi actio adversario debeat, et adversarius libello conveniri: quoniam ita ius constitutum habemus, ut qua quisque actione agere vult, eam prius edere debet. L. 1. *D. de eden. auth. offeratur. C. de lit. contest.* Sed dubitari non debet, quin si hic actio sit, qua reus conveniatur, ea ad ius superius pertineat. Atqui ut cæteræ actiones, sic iudicati actio et dari in aliquem a prætore, et denegari dicitur. *L.* 4. *in princ. supra, eod. L. si prætor*, 75. §. *ultim. D. de iudic.* et passim dicitur reus actione iudicati conveniri. *L. item veniunt*, §. *item recte*, *D. de pet. her.* L. 1. *C. si plur. una sent. cond. sint*, forma editionis et conventionis erit huiusmodi: quia mihi in tantam pecuniam condemnatus es, et iudicati tempora præterierunt, volo eam pecuniam mihi solvas; ni solvis, ut iudex sententiam exsequatur: et in eam rem diem dicet actor adversario, quo die a magistratu id petat, et impetret. Dicitur acito iudicati, quia datur iudicati persequenti caussa: cuius persecetio in eo est ex edicto, ut condemnatur aut pecuniam solvat, aut a prætore id facere cogatur. Cogetur autem pignoribus captis et distractis. L. 1. *et* 2. *C. de exsec. rei iud.* Unde dicitur iudicati actio in condemnatum, et eius bona exercere in L. 1. *C. quan. fac. tut. vel cur. min. ag. vel conven. pos.* Restat, ut cui, inquem, et quandiu hæc detur actio, in summa qualis sit, cognoscatur, quod deinceps sequenti §. subiicitur.

Ad §.

1) Ita et Scip. Gentil. 1. *de Iurisdict.* 9. Tametsi DD. vulgo doceant exsecutionem duobus modis peti et impetrari vel actione iudicati, quam illi in factum vocant, vid. *not. supr. ad L.* 6. §. *ult. N.* 5. vel iudicis officio nobili implorato. Posteriorque hæc via ab iis receptior ac tutior vocatur, Coler. *de Process. Part.* 3. *Cap.* 9. *n.* 7. Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 2. *n.* 4. Maranta. *P.* 6. *t. de sentent. exsec. n.* 8. Nam illo casu, novo processu, libello, litis contestatione opus esse docent (quod nec Donellus diffiteri videtur *h. L.* 6. §. *pen. n.* 1. et 2.) hoc non item. Sed vid. Gail. *d. Observ.* 113. *n.* 9. *et seq.* Citatio adversarii ut in exsecutione requiratur, vid. Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 4. Plane monent nostri a iudice permitti posse victori, ut rem ipse capiat, aut in possessionem eius veniat, *per L. dotis*, *Cod. sol. matr. L. penult. Cod. de pig. act.* Duar. *ad d.* §. *penult.* Asin. *Praxi* §. 31. *Cap.* 2. *Ampliat.* 2.

Ad §. Iudicati. *ult.*

Iudicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item heredi, et in heredem competit.

SUMMARIA.

1. *Actionem iudicati heredi et in heredem dari, eamque esse perpetuam.*
2. *Etiamsi ex delicto nascatur, et quare* et n. 3. *ubi et contraria removentur.*
4. *Quando in actione nova posteriore, ex qua agitur, caussa et origo, seu prior actio ex qua nascitur spectanda sit;*
5. *Quando item spectanda posterior.*
6. *Excipitur donationis caussa et quare.*

IUdicati actionem in iudicatum et condemnatum dari certum est, *L.* 4. *in princip. et* §. 1. *supr. eod.* Et cui detur tandem, nisi victori, ei videlicet cui ille condemnatus est, et quicum iudicati obligatio est contracta? *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.*
1 Etiam † heredi, et in [1] heredem eam competere, hoc loco Ulpianus scribit: ut intelligamus heredi victoris dari, et in heredem condemnati. Addit, eandem dari perpetuo, earumque rerum hanc rationem esse vult, quod contineat hæc actio rei persecutionem. Nam quæ hanc continent, omnes et heredibus dantur, et in heredes. *L. in honorariis*, *D. de obl. et act. L. si mulier*, §. *hæc actio*, *L. contra*, §. *si post*, *D. rer. amot. L. si pro fure*, §. *condictio*, *D. de cond. fur.* Etiamne iudicati actio tunc rei persecutionem continet, cum quis ex delicto damnatus est, puta furti? Non temere est, cur hoc quæratur. Definitur enim ea actio rei persecutionem continere, quæ id persequitur, quod nobis abest ex patrimonio: *d. L. in honorariis*, *D. de obl.* satis autem constat ex furto, et similibus delictis non damnari reos in eam pecuniam, quæ nobis ex patrimonio absit. Et
2 cum Ulpianus † rem hic generaliter definiat, nec ulla circumscriptione utatur: cum sit etiam stultum dubitari, an iudicati actio tunc rei persecutionem habeat, cum secuta est ex ea caussa, quæ et ipsa rei persecutionem habuit: perspicuum est, hoc eum sentire, ex [2] quacunque caussa condemnatus quis sit, ut sit maxime ea, quæ rei persecutionem non contineret, tamen eo semel ex ea caussa condemnato ipsam iudicati actionem, quæ inde nascitur, rei persecutionem continere: atque et heredi et in heredem dari. At enim † iu- 3
dicati actio, quæ ex his caussis est, non persequitur, quod nobis abest ex patrimonio. Non ita est. Nam quod ipse idem alibi de actione iudicati scribit, est hæc [3] actio ex contractu, non item ut prima actio, ex delicto: iudicio enim contrahitur non aliter, quam stipulatione. *L.* 3. §. *Idem scribit*, *D. de pecul.* Quod si ex contractu, etiam rei persecutionem continet: omnes enim rei persecutoriæ, quæ sunt ex contractu, paucis exceptis. §. *sequens*, *Inst. de action.* Eadem res facit, ut quamvis ex ea actione reus condemnatus sit, quæ non daretur heredibus, aut *in* heredes; ut iniuriarum, et quæ sunt ex maleficiis pœnales: §. 1. *Instit. De perpetuit. et temporalib. actionib.* tamen intelligere

1) Adi omnino Asin. *Praxi* §. 31. *C.* 2. *Ampliat.* 16. qui quando contra heredem aliumve successorem exsecutio fiat vel non, plenius expedit. Num in feudalibus sententia noceat descendenti aliive successuro, vid. Pinel. in *L.* 1. *C. de bo. mat. P.* 3. *n.* 48. *et seqq.* qui affirmat, ibid. notanter limitat. Q. An sententia lata contra principalem executioni mandetur contra fideiussorem de iudicato solvendo, sine novo Processu? Affirmativa communis perhibetur. Roder. Suar. in *L.* 2. *fori t. de Comperendinat.* §. *sed pone quæstionem* 4. *n.* 6. (1) quia videtur una condemnatus, ceu persona accessoria. (2) *per L. ult. C. de usur. rei iud.* ubi vocula *statim* significat summariam cognitionem absque ordine iudiciario, ut nec requiratur nova sententia. (3) quia is fideiussor confessus est in iudicio se debere illud quod iudicabitur, et debitum hoc est liquidum iudici ut iudici. Ergo *per L.* 2. *C. de exsec. rei iud.* Ita Suarez fuse, add. Sig. Scaccia. *Lib.* 1. *de Iud. C.* 62. *n.* 3. Asin. *d.* §. 31. *C.* 2. *Ampliat.* 22. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resolut. tit. de Expens. Resol.* 3. Rauchbar. *Part.* 2. *Q.* 7. *n.* 27.

2) Duar. *ad d.* §. *ul. Facit L.* 18. §. 1. *vers. proinde*, *de pec. const.* Etsi alia caussa stipulationis iudicio sisti ob actionem iniuriarum interposita, quæ ad heredem non transit, *L.* 10. §. 2. *Si quis caut.* vid. Duar. *dict. loc.*

3) Sed litis contestatione non vere, ast quasi contrahi, docui *supr. Lib.* 12. *Civil. Comment. C.* 14. *N.* 4. Quomodo Scip. Gentil. 1. *de Iurisd.* 9. Actionem hanc partim ex contractu, partim ex lege oriri, vel uno verbo ex quasi contractu, quia consensui litigatorum in rem iudicatam iudicium accipiendo, eam vim Lex tribuit, ut actionem pariat. Qui tamen consensus ratione rei, qui invitus litem contestatur, non ita liber, ut in vero contractu, tametsi in eo is consentire videatur, quod iudicio contendere quam solvere mavult. Reiner. Bacon. *Misc. disp. Cap.* 2. *pag.* 17.

gere debeamus, iudicati actionem etiam ex hoc genere et heredibus, et in heredes competere: ut in omnibus his videlicet eodem auctore Ulpiano, *non originem iudicii* spectemus, *sed ipsam iudicati veluti obligationem.* Sic enim scriptum est in dicta *L.* 3. §. *idem*
4 *scribit.* Scimus alias † quibusdam in caussis cum actio nova ex priore constituta est, et ex posteriore agitur, responderi caussam et originem, idest, priorem actionem esse spectandam: ut *L. qui id, quod in princ. D. de donat. L.* 3. *C. ad Senatuscons. Macedonian.* Sed quibus in caussis id fiat, et in qua nunc ita faciendum negemus, et quamobrem, considerandum est; ita quam recte utrumque pro varietate caussarum constituatur, facile videbimus. De quo ut certi aliquid in universum statuere possimus, animadvertendum est multum interesse, utrum hoc quæratur in hac specie an posterior actio iusta sit, necne: an vero cum constabit utramque et priorem et posteriorem iustam esse; in posteriore autem erit aliquid amplius, quam in priore: hoc dubitetur, utrum posterioris potestas spectanda et sequenda sit? an non sit. Si hoc quæritur, an posterior actio iusta sit: de eo ex caussa et origine æstimandum est, ita caussa et origo in hac re spectanda. Finge, filiofamilias aliquid venditum esse. Hæc iusta caussa est, ex qua venditori in filiumfamilias actio ex vendito nascatur. Si placuerit, ut filiusfamilias pecuniam, quæ ex ea caussa debebatur, tanquam mutuam retineret: dicemus iustam esse et hanc caussam; tametsi mutuam pecuniam filiofamilias dari, sit contra Senatusconsultum Maced. Quippe hæc posterior actio ex iusta origine nata est. Id vero est, quod respondetur in *d. L.* 3. *C. ad Macedon.* Vice versa, demus caussam iniustam, aut nullam: puta filiofamilias mutuam pecuniam datam esse. Si actio ex ea caussa in stipulationem deducta erit; nulla erit actio, ne ex posteriore quidem caussa est, ne fraus Senatusconsulto fiat, ut declarat Ulpianus in *L. item.* 7. *vers.* 2. *D. de*
senat. Maced. Quod si hoc † solum dubite- 5
tur, utrum posterior actio sequenda sit, quia sit plenior, cum alioqui et prior et posterior sit legitima: dicemus iam eam, qua agimus, esse spectandam, etsi sit posterior. Exemplo est hoc loco actio iudicati quæ etsi ex actione temporaria, nec ad heredes descendente nata erit: tamen et ipsa perpetua est: 4 et heredi atque in heredem competit. Idque manifesta æquitatis ratione constituitur in omnibus actionibus: nam alioqui posterior actio creditori erit inutilis, atque ita necesse erit, alterutrum evenire, ut aut nihil profuerit eum in actione posteriore quærenda sibi vigilasse, aut cum semel ei quæsita fuerit, eam illi auferri; quorum utrumque a iuris et æquitatis rationibus abhorret. Nam et ius vigilantibus scriptum esse scimus: L. *pen. in fin. D. quæ in fraudem creditorum*, et aperte contra ius est, cuiquam hominum ius suum detrahi L. 2. *D. de iis qui sunt sui vel alieni iuris.*
Excipitur † tamen in hoc genere, donationis 6
caussa. Nam si is qui donationis caussa quid promisit, idem constituat postea, si agatur adversus eum ex constituto: placet exerceri in eum potestatem duntaxat eius actionis, quæ ex donatione nascitur, scilicet ut damnetur tantum in id, quod facere potest. Id quod nimirum illud est, quod constituitur in dicta *L. qui id quod, D. de donat.* Nec iniuria in donatione ita placuit. Nam cum ingrati est hominis, totum extorquere ei, qui quid donavit, et eo magis ingrati, quo liberalius id ipsum ei a donatore cautum, et constitutum est: tum vero, quod præcipue ad rem pertinet, nulla fit donatario iniuria, si totum non aufert, quod est constitutum. Nihil enim ideo amittit ille de suo; et si verum est, lucrum non facere: quod in cæteris actionibus, quas diligentia nostra nobis peperimus, et quæ ex onerosa caussa proficiscuntur, secus est.

Ad L.

4) *L.* 7. *h. L. grege.* 13. §. 4. *in fi. de pig. L.* 69. *de solut. L.* 1. *C. de rec. arb. L.* 1. *Cod. quand. ex fac. rut. vel curat.* Directa itaque hæc actio et nominata, non in factum, ut contra Accurs. et alios Ioan. Crisp. de Montib. *terminis act. Act.* 159. Duar. ad *L.* 6. §. 2. *h. t.* Coras. ad *L.* 1. *Cod. de iur. et fac. ignor. n.* 12. Vaud. 1. *Q.* 23. *et* Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 5. §. 1. *n.* 11. quin mero iure datur ex ipsa lege 12. tabularum Parlador. *ibid. et* Scip. Gentil. 1. de *Iurisd.* 9. etsi Old. *Cl.* 1. *Act.* 12. *Q.* 1. a Prætore inductam statuat, quia edictum de ea Prætoris, *L.* 4. §. 3. *L.* 5. *pr. h. t.* Sed infirma consecutio, Vid. *not. supr. Lib.* 21. *Civil. Comment. Cap.* 2. *N.* 4. Atque ei tempore eodem, quo alii præscribitur, 30. nempe annis non 40. Concenat. *Lib.* 1. *QQ. Iur. Cap.* 6. De hac actione vid. et Sixtin. *Cons. Marp.* 7. *n.* 70. *et seqq. Vol.* 2. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 22. *n.* 20.

Ad L. Intra dies. 7.

Caius lib. ad Edictum prætoris Urbani de re iudicata.

Intra dies constitutos quamvis iudicati agi non possit, tamen multis modis iudicatum liberari posse, hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.

SUMMARIA.

1. *Condemnatus ad solvendum potest, si velit, et intra certos dies solvere, qui a iure vel iudice illi indulgentur.*
2. *Immo potest id facere etiam invito creditore et quare*, et n. seq.
3. *Ratio I. C. Caii hoc loco ab Auctore fuse exposita.*
4. *Auctoris propositum.*

Quod condemnato dies ad solvendum lege constituti sunt, de quibus diximus
1 ad L. 2. *supr. eod.* id efficit, ut † intra eos dies pecunia ab eo invito exigi non possit, non etiam, ut si velit per eos dies vel statim solvere, aut aliis modis liberari, quibus tollitur obligatio, non possit id consequi. Sic enim interim cum eo agi non potest, ut nihilominus revera pecuniam debeat, nam si ante rem iudicatam debuit, quanto magis condemnatus eandem debere existimandus est. De quo plura ad L. 2. *supra.* Quod si interim pecunia debetur, eiusque pecuniæ obligatio subest: dubitari non debet, quin quibus modis solvuntur cæteræ obligationes, iisdem possit et hæc obligatio quovis tempore dissolvi.
2 Sed an ita, ut † condemnatus per eos dies solvere possit creditori etiam invito? Id vero ita sentire Caium, intelligendum est: non solum quia de iis, qui quid in diem, aut certa die promiserunt, traditum est, his totum medium tempus ad solvendum liberum esse, L. *quod certa*, 70. *D. de solution.* quod multo magis ad iudicatos, quibus humanitatis caussa legitimi dies indulgentur, transferendum est: sed etiam quia Caius hoc loco hac [1] ratione utitur: *quia*, inquit *constitutum spacium pro iudicato non contra iudicatum*
3 *per legem constitutum est.* Qua † ratione efficitur, iudicatum intra eos dies eodem modo solvere, et liberari posse, quomodo posset, si nullum illi tempus ad solvendum esset constitutum. Cum enim id spacium pro iudicato sit, licet ei ex regula iuris certi, iis quæ pro se introducta sunt, renunciare: L. *penult. C. de pac.* itaque efficere, quasi nec nullum ei tempus ad solvendum datum esset, prout ipsi expedire videbitur. Porro nullo tempore ad solvendum constituto, potest debitor citra controversiam creditori solvere vel invito. Addita est autem hoc loco a Caio superior ratio; cum in proposito duabus de rebus posset dubitari, atque etiam verisimile sit a plerisque olim esse dubitatum. Diceret enim aliquis, iustos dies, qui iudicato dantur, non tantum rei caussa constitutos esse, sed etiam actoris. Cum enim hi lege constituantur simpliciter, et eos expectari nihilominus interdum ad actoris utilitatem pertineat, quidni ei quoque lege tributos putemus? Quod si hi et actoris caussa constituti sunt: dicendum est, quemadmodum per eos dies reus solvere cogi non potest, sic contra et actorem interim oblatam a condemnato pecuniam accipere non cogendum. Sed et illud fortasse alicui contra legem fieri videbitur, si reus ante diem solutioni lege præstitutum solvere festinet. Nam si contra legem facit actor, qui ante diem agit, quia diem constitutum non servat, eoque et præscriptione legis summovetur: cur non videatur et reus facere contra legem, qui hunc diem antervertat invito creditore, quasi hoc quoque modo fiat, ne servetur ab eo dies constitutus? Removetur horum utrumque hoc posito, dierum constitutorum spacium pro iudicato esse, non contra iudicatum. Si pro iudicato est (ut est aperte, cum constet id humanitatis caussa indulgeri reo, ne interim pecunia ab eo exigatur, qui alioqui summo iure omnibus modis obligatus est, tene-

[1]) Miserationis enim caussa concessum iudicato, fraudi illi esse non debet. Ideoque rei interitu, intra hæc tempora contingente reus liberatur, quia in mora non est, nec pœnam igitur moræ dependit. Vid. Forner. 2. *Select.* 15.

teneturque in præsentia. L. *si cum militi*, §. *ult. D. de comp.*) si pro iudicato, inquam est id spacium, non contra iudicatum: sine dubio actoris caussa constitutum non est, non enim potest constitutum esse actoris caussa, quin sit adversus iudicatum. Si actoris etiam caussa constitutum est, licebit ei, ut iam dixi, antequam dies iusti præterierint, solutionem recusare. Hoc vero perspicuum est, constitui adversus condemnatum: quippe cui isto modo adimatur facultas statim solvendi, quam nullo tempore ad solvendum constituto, sine controversia habuisset. Est autem superius spacium pro iudicato, ut dixi, non igitur actoris etiam caussa constitutum. Eadem ratio efficit, ut nihil contra legem facere intelligatur reus, si non exspectata legitima dilatione solvere postulet; quicquid enim alicui lege datur, ita datur, ut eo beneficio utatur, si quis vult, non etiam, ut necesse habeat: itaque licet ei salva sententia legis iuri pro se introducto renunciare, quod et pro regula iuris usurpatum est, ut paulo an-
te dixi, *d. L. pen. C. de pac.* Poteram † 4
paucioribus verbis hoc loco contentus esse, ut in re, meo iudicio, non obscura, et quæ mihi videatur pene iuris explorati: nisi essent, qui re certa promissa disputarent, hanc ante diem invito creditori solvi non posse, quod quidem nisi vehementer ipse fallor, statuitur ab illis contra manifestam sententiam. *L. quod certa*, *D. de solution.* et huius loci rationem: quæ et ipsa non minus in obligationibus in diem conceptis locum habet: in quibus traditur, diem pro reo esse, non pro stipulatore *L. eum qui calendis*, §. *ult. D. de verb. obl.* Ea res me impulit, ut quorsum in proposito pertineret, et omnino quid valeret superior ratio, paulo diligentius et apertius exponerem. Neque vero difficile videtur, quæ pro ista sententia afferuntur, diluere, qua de re scripsi ad *d. L. eum qui calendis*, §. *ult. de verb. oblig.*

Ad L. si homo. 8.

Paulus Libro V. ad Plautium.

Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit: absolutionem non faciendam, sed fructuum rationem habendam placet.

SUMMARIA.

1. *Homine post litem contestatam mortuo, semper reus condemnari debet.*
2. *Aut de re, si ea post moram perierit.*
3. *Aut omnino et semper ratione fructuum.*
4. *Quare diversum ius obtineat in fructibus.*
5. *Contrariis occurritur.*
6. *Quorum fructuum sit habenda ratio, argumenti locus indicatur.*

1 SI homo ex [1] stipulatu petitus, † post
litem contestatam perierit, negat Paulus absolutionem faciendam: significans semper reum condemnandum esse. Iudicem enim qua de re cognovit, de ea et iudicare oportet. *L. de qua re*, *D. de iudic.* Id non fit aliter, quam si iudex reum condemnet, aut absolvat. *L. 1. sup. eod.* Quapropter qui iudicem absolutionem facere debere negat, huic hoc relinquere intelligitur, ut reum condemnet. Igitur etiam homine post litem contestatam mortuo, semper reus condemnandus est. Recte Paulus: semper enim reus aut de re et fructibus damnandus est, aut
saltem de fructibus. De † re quidem pe- 2
tita non semper: sed ita, si ea post moram perierit. *L. nemo*, 82. §. *ult. D. de verb. obl. L. si in Asia*, §. *ult. D. depos.* non semper autem moram facit, qui ad iudicium provocat. *L. si quis solutioni*, *D. de usur. L. si quis inficiatus*, *D. depos.* At quamvis res sine mora debitoris perierit: non

† eo

1) Cuiac. 21. *Obs.* 25. verba ex stipulatu *d. L.* 8. pro glossemate Irnerii habet. Quia ait, certo homine ex stipulatu debito defuncto post litem contestatam non potest reus liberari, cum utique moram commiserit, si non ante, saltem dum iudicium accipere maluit quam solvere. At *d. L.* 8. ait superesse tantum quæstionem fructuum, hominis quæstionem esse peremptam. Male. Nam nec hoc dicit *d. L.* 8. quod omnimodo et semper obligatione principali liberetur reus, sed si condemnari non possit tam in æstimationem hominis, quam in fructus, tunc in fructus solum condemnandum esse. Neque necessario moram committitur litem contestando. Quid enim si heres promissoris iusta facti ignorantia præditus, iuste iudicium accepit. Confer. Henric. Suerin. *Repet. lect. C.* 5.

3 † eo minus verum est, semper reum etiam hoc casu condemnandum esse: quoniam fructuum saltem ratio habenda est, eoque nomine reus condemnandus, ut hic Paulus significat: quod apertius ab illo in homine, qui actione in rem petebatur mortuo, duobus locis scriptum est, *L. si servus*, *D. de iud. sol. L. utique D. de rei vind.* Nec mirum
4 † videatur, si is qui moram non fecit, neque in re præstanda, neque in fructibus rei petitæ, (nam de eo nunc agimus) re perempta non teneatur de re: idem tamen teneatur de fructibus. Ideo enim de re non tenetur, quia neque eam habet, neque culpa eius factum est, quo minus haberet; rem enim casu periisse fingimus sine mora debitoris. *d. L. utique*. Utrumque in fructibus contra. Nam si debitor eos percepit, habet: si non percepit, vel hæc ipsa culpa eius est, quod non perceperit, cum posset aut per se, aut per alios. Semper autem post litem contestatam culpæ nomine reus tenetur. L. *qui petitorio*, §. 1. *D.*
de rei vind. Hic † occurritur nobis. Nam 5
actione sublata de re principali, quæ potest superesse actio de accessionibus, puta usuris, aut fructibus? Hoc quidem iuris ratio pati non videtur. *L. cum principalis*, *D. de reg. iur. L. 4. C. depos.* L. 3. *C. de fruct. et lit. expens.* Et dicendum est, actione de re principali sublata, actionem moveri et institui de fructibus non posse. Quod si de [2] utroque eodem iudicio agi cœperit, ut hic factum est: actio de fructibus semel recte constituta, nec dum iudicio finita, non ideo tempore evanescet, quia in eum casum deciderit, a quo incipere non poterat. L. *in ambiguis*, §. 1. *D. de reg. iur.*

Et fructuum rationem habendam placet) Quorum † fructuum? utrum perceptorum, 6
an et non perceptorum? item quousque, utrum quoad res petita perierit, an usque ad diem sententiæ? cognoscere ex his locis, *L. fructus non modo*, *L. si navis*, §. *ult. D. de rei vind.*

2) Ita et Duar. *ad d. L.* 8.

Ad L. Furioso 9.

Pomponius Lib. V. ex Plautio.

Furioso sententia a iudice, vel ab arbitro dici non potest.

S U M M A R I A.

1. *Sententia pro furioso nec ab arbitro nec a iudice dici potest.*
2. *Cur pro minore dici possit, non autem pro furioso; dubitandi caussa.*
3. *Differentiæ ratio quæ nonnullis placet, refutatur ab auctore.*
4. *Auctoris ratio proposita, in qua et ratio discriminis inter minorem et furiosum exponitur.*
5. *Quare Pomponius I. C. sententiam adversus furiosum dici non posse affirmavit.*

1 FUrioso, † inquit Pomponius, *sententia a iudice vel ab arbitro dici non potest*; *furioso*, dativus verbo acquisitive posito additus, ut Grammatici loquuntur, valet, ad furiosi utilitatem, seu secundum furio-
2 sum, vel pro furioso. Sed cur furioso † dici sententia non potest, quæ cæteris omnibus, atque adeo minori, quamvis indefenso, recte dicitur, adversus quem indefensum dicta nullius momenti est? *L. non eo minus*, *C. de proc.* An ætas minori in rebus pro commodo eius gestis obesse non potest: furioso morbus et alienatio animi oberit? Atqui æquius et humanius multo erat, ubi maior naturæ imbecillitas est, illic prolixius furioso consuli. Et erat sane æquius, si hic de conditione personarum, non de vi sententiæ quæritur: quæ cum furioso dicta certis rebus impediatur, minori autem dicta, non item: non mirum est, si hic valeat, illic non valeat. Quid ergo in persona litigatorum ad vim sententiæ desideratur, quod cum in furioso desit, ideo dicta illi sententia sit inutilis: quod non item desit in minore, et cæteris? Sunt †, [1] qui consensum in litigatorionem quod nec quasi contrahere possit, cum alia quod absentis loco, coniungit.

1) Goth. ad *d. L.* 9. Bronch. 4. *Enant.* 15. qui eam rationem quod nec quasi contrahere possit, cum alia quod absentis loco, coniungit.

toribus exigi putent, ut his dicta sententia valeat, et simul iis iudicati actio acquiratur: quod si verum est, res est confecta Furiosi enim nullam voluntatem esse constat, eoque nec furiosum ullum negotium recte gerere; minores autem, qui fari possunt, ut intellectum rerum capiunt, ita constat quodvis negotium recte contrahere, et sibi acquirere posse, etiam sine tutoris auctoritate. *L. furioso*, *L. in negotiis*, *D. de reg. iur.* §. *furiosus*, *et seq. Inst. de inut. stip.* Ego pro certo habeo, ex consensu et approbatione litigatorum auctoritatem sententiæ non pendere: cum fieri possit, ut eam victor probet, et tamen non valeat, puta a minore annis iudice lata: contra possit fieri, ut eam victor non probet, uti non satis plenam, et omnino constituat ab ea appellare, et tamen non minus sententia valeat: ut si pro homine sanæ mentis eam non comprobante lata sit. Et quamvis hic non de vi sententiæ, sed de actione a victore acquirenda ageretur: tamen ad hanc acquirendam non est necesse, actorem tunc intelligere et consentire, cum sententia dicitur. Iudicati enim obligatio, iam tunc contrahitur, cum lis cum reo contestatur. Contrahitur enim iudicio sub conditione, si secundum actorem iudicatum erit: Arg. L. 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Hæc vero conditio cum ex eventu pendeat, etiam ignorante actore, quovis tempore impleri potest. L. 2 *D. de cond. et demon.* Ita si consensus in acquirenda iudicati obligatione quæritur, dum is in lite contestanda intervenerit, satis est. Unde intelligi debet, quod furioso, qui forte inter moras litis furiosus factus est, sententia dici non potest, id alia de caussa fieri, quam quia victori consensu opus sit, aut ad vim sententiæ, aut ad iudicati actionem acquirendam: dummodo is litem contestatus sit, qui fuit sanæ mentis. Nihil verbis opus est. † Perti-
4 net hic locus ad eam partem rerum iudicatarum, qua constitutum est, sive apud iudices agatur, sive apud arbitros, de unoquoque negotio iudicari oportere præsentibus iis, quos caussa contingit. L. *de unoquoque.* 47. *D. de re. iud.* L. *diem*, §. *coram*, *D. de recept.* Id eam vim habet, ut non modo si adversus absentem sententia dicta erit, non valeat; sed nec si dicta erit pro absente. *L. certum*, §. *si quis absente*, *D. de confess.* Quod si verum est, [a] consequens est, quemadmodum, si adversus furiosum sententia lata sit, non valet: sic nec si lata erit, pro furioso, valere. Ubique enim furiosus absentis loco est. *L. apud*, *L. coram*, *D. de verb. sig.* *L.* 2. §. *penult. D. de iur. cod.* Alia minoris caussa est, quiquid agatur, intelligit; eo fit, ut indefensus quidem, si damnetur, nihil momenti habeat sententia, ne indefenso infirmitas ætatis noceat. *L. contra*, 45. *infr. eod.* At eidem si sententia feratur licet indefenso, nihil obsit ætas, quominus sententia coram præsente lata valeat: quia minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consueverit, ut scriptum est in *d. L. non eo minus*, *C. de proc.* Sed cum supe- 5
riore † ratione efficiatur, ne etiam adversus furiosum sententia dici possit, cur dixit Pomponius potius sententiam furioso dici non posse, quam adversus furiosum, ac non utrumque, uti verum erat, et eiusdem rationis, ita simul eodem loco complexus est? Quia de posteriore satis constabat. Sive enim cum curatore furiosi iudicio agitur, ipse curator condemnandus est. *L.* 1. *C. de sent. et interloc.* sive ita cum homine sanæ mentis iudicium institutum est, ut is ante rem iudicatam furiosus fieret: non dubium est, quin si minor indefensus, qui tutorem, aut curatorem non habet, frustra damnatur, *d. L. contra*, *infr. eod.* id multo magis de furioso dici debeat. At illud habuit dubitationem, an etiam pro furioso sententia dici non potuerit: idque cum propter exemplum minoris, de quo diximus, tum propter naturæ regulam, qua efficitur absentis et ignorantis conditionem deteriorem facere non licere; meliorem facere omnibus concessum esse. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Hanc dubitationem hoc loco Pomponius sustulit, negans sententiam valere, quamvis pro furioso dicta sit: quia scilicet lata sit absente litigatore: quod ius non recipit, ut iam dixi. Nam quod dicitur licere absentis conditionem facere meliorem hactenus verum est, dum lex non sit impedimento. Non licet autem iudici iure publico sententiam ferre absentibus litigatoribus, nisi ante legitimis edictis evocati sint: idque propter iustas caussas, quas exposuimus ad *L. de unoquoque*, *infr. eod.*

Ad L.

a) *L.* 124. §. 1. *de R. I.* Duar. *d. lo.* Bron. *d. Ass.* 15. Confer. *not. supr. Lib.* 18. *Civil. Comment. C.* 11. *N.* 17.

Ad L. Qui cum se. 10.

Marcellus lib. II. Digestorum.

Qui cum se patremfamilias fingeret, mutuam pecuniam accepit, et exheredatus a patre, vel emancipatus est: quamvis facere non possit, debet condemnari.

EXceptio est ad id beneficium pertinens, de quo legimus in L. *exheredatum.* 49. *infr. eod.* apertius exposita in L. 4. §. 1. *D. quod cum eo.*

Ad L. Si Calendis 11.

Celsus lib. V. Digestorum.

Si Calendis fieri aliquid stipulatus sum: nempe quandocunque post calendas accepto iudicio, tanti tamen æstimanda lis est, quanti interfuit mea calendis id fieri. Ex eo enim tempore quidque æstimatur, quo novissime solvi potuit.

SUMMARIA.

1. *In faciendi obligationibus cum de condemnatione propter rem quam fieri oportuit, agitur, tres incidere quæstiones, et quæ sint.*
2. *Primæ ac tertiæ quæstionis sedes indicata.*
3. *Secunda quæstio hoc loco tractanda qualis.*
4. *Æstimationem eius quod interest agentis, ex certo aliquo et designato tempore fieri oportere ostenditur.*
5. *Certum illud, quod* novissimum *solvendi tempus a* Celso *I. C. appellatur, pro rei debitæ natura varie constitui.*
6. *Aliud esse cum species certa debetur, aliud in faciendi obligationibus*, et seqq.
7. *Quale sit cum species certa est in obligatione.*
8. *Item quale in faciendi obligationibus et quæ hic in eadem facti obligatione varietas*, et n. 10. et seq.
9. *Cur varium id in obligatione facti et specie* et n. 11.
11. *Quare in obligatione faciendi, præterito die ad faciendum constituto, integrum non est amplius facere quod promissum est. Facta utilitate æstimari, hanc pro rebus et temporibus esse diversam, exempla.* ibid.
12. *Quæ in faciendi obligationibus eadem in æstimando vino oleo et aliis id genus tempora servari; quo hæc loco tractentur.*
13. *Quam recte in superioribus æstimatio eius quod interest, sit ex novissimo cuiusque rei solvendæ tempore constituta.*
14. *Proponitur et refellitur eorum ratio qui sentiunt quanticunque res fuit quoquo tempore post moram aut litem contestatam; tanti promissorem facti damnari oportere.*
15. *Florentina lectio notatur.*

1 IN faciendi † obligationibus cum factum non est, quod fieri debuit, circa condemnationem rei, quam fieri oporteat, tres hæ incidunt natura atque ordine quæstiones: Primo, cum ad rem reus condemnandus sit, utrumne ad faciendum, quod promisit: an vero in id, quod actoris interest, aliquando factum esse, quod factum oportuit. Secunda, si damnandus sit in id quod interest, et forte, ut fit, diversis temporibus varie intersit, an quanticunque interierit quovis tempore, eius ratio habenda sit: an vero unum sit aliquod tempus certum, ex quo id quod interest, sic æstimandum, et quod sit? Tertia, cum constabit in id quod interest, condemnationem iure faciendam esse, et cuius temporis facienda sit, ut quæratur, quid sit id, quod interest, sive quid quantumque eo verbo ad præstationem contineatur. Duæ priores hoc continent, quæ res, et cuius temporis res in condemnationem veniat? Tertia, hoc admisso ut veniat id quod certo tempore interest, hoc continet, quid sit id, quod venire dicimus. Ac primum quidem illud admissum est, in faciendi obligationibus, condemnari reum in pecuniam numeratam, nempe in tantam pecuniam, quanti actoris inter-

terest, quod pro iure certo traditum est in *L. si quis ab alio.* 13. *in princip. et fin. hoc tit.* unde introducuntur cætera. De singulis vero suæ sunt, et iustæ dubitationes. Ideo dedi operam, ut unumquodque suis et
2 constitutis locis a me explicaretur. Ac † de primo quidem, quoniam constituitur in *d. L. si quis ab alio*, illo ipso loco amplius disseruimus. De tertio ex professo scripsimus ad legem Iustiniani, *De sententiis*, *quæ pro eo, quod interest proferuntur*: Secun-
3 dum † hic a Celso deciditur, de quo nobis breviter cognoscendum est. Igitur hoc iure posito, in faciendi obligationibus condemnari reum in id, quod actoris interest, existit de tempore, ex quo id æstimandum sit, quæstio. Pro varietate temporum varie id quod interest nostra, commutari solet. Finge quem promisisse se mihi satisdaturum calendis, eius nomine, qui mihi decem debebat, quod exemplum est, quo idem Celsus utitur in *d. L. si quis ab alio.* Fieri potest, ut reus principalis calendis non sit solvendo: post calendas cœperit solvendo esse, atque ita intersit mea, calendis fideiussorem mihi datum esse: post calendas autem interesse desinat. Oritur igitur hic quæstio, utrum quodvis tempus spectandum sit, quo plurimi interfuit nostra, et ex eo tanti condemnatio facienda: an vero unum aliquod certum duntaxat, ut si quid eo tempore intersit, eius ratio habeatur, quamvis postea interesse desierit: si nihil eo intersit, nulla sit condemnatio, quamvis post id
4 tempus interesse cœperit. Et hoc † posterius ita statuit hoc loco Celsus, non solum ut ostendat, unum tantum tempus spectandum esse; sed etiam simul, quodnam sit, definiat, Principio unum certum tempus statuere eum, quod sit spectandum, ex ipsis verbis plus quam manifestum est. *Si calendis*, inquit, *fieri aliquid stipulatus sum*: *nempe quandocunque post calendas accepto iudicio tanti æstimanda lis est*, *quanti interfuit mea calendis id fieri.* Observetur non dicere eum, litem tanti æstimandam quanti est tempore rei iudicandæ, aut tempore litis contestatæ, aut intermediis temporibus, quæ calendas, et litem contestatam secuta sunt, si forte his temporibus res esset plurimi (quod tamen dicendum fuit si tanti reus condemnandus sit, quanti plurimi quovis tempore interest) sed hoc dicere eum, quanti res est calendis, nempe uno illo certo et designato tempore. Illud apertius, quod pro ratione a Celso subiicitur: *Ex eo enim tempore*, inquit, *quidque æstimatur*, *quo novissime solvi potuit*; sic enim legendum est, ut paulo post indicabimus. Constat unum tempus esse, quo res novissime solvi potuit, non plura: ex pluribus enim solvendi temporibus, idest novissimum sive supremum, post quod non est aliud tempus solvendi: si quod enim sequitur, non potest id esse novissimum, quod præcessit. Cum ergo ait Celsus ex novissimo tempore quidque æstimari, satis declarat, ex aliis non esse rem æstimandam. Si eadem tempora essent, novissimum solvendi tempus, quo res forte minoris est, et aliud quo res fuit minoris: admitteremus eum, qui ex uno rem æstimari iubet, iubere pariter æstimari ex utroque; aut certe ex quo æstimaretur, nihil referre. Nunc cum sint hæc tempora non diversa tantum, sed etiam contraria: sine dubio, qui ex uno iubet rem æstimari, is ex cæteris æstimari vetat. Itaque interpretes cum hoc loco, et in L. *vinum*, *D. si cert. pet.* ac locis similibus ita definiunt, adversus eum, qui moram in faciendo aut re præstanda fecit, rem æstimari quanti plurimi fuit, ex quo mora facta est, non modo non exprimunt huius loci et cæterorum similium sententiam: sed etiam dicas, eos istorum locorum veram sententiam reprehendere et mutare ex professo. At enim, inquiunt, æstimatur quidque ex calendis, sive ex eo tempore, quo novissime solvi potuit, siquidem eo tempore fuerit plurimi. Ridiculum: quasi vero si in istis temporibus hæc conditio intelligenda est, non idem de cæteris temporibus omnibus dici potuerit, et debuerit, ex illis nimirum rem quoque æstimari debere; quia in his hanc conditionem continuo intelligeremus, si modo in his aut illis res plurimi fuerit. Stulte ergo et imperite hoc loco Celsus, qui conditionem necessariam in definitione iuris prætermiserit: stultissime, qui quod de omnibus temporibus ex hac conditione dici poterat, de uno tantum dixerit, et quidem ita dixerit, ut verborum vi et potestate cætera tempora removeret. Sed ne hæc res dubitationem habeat, sic calendas, et id tempus, quo novissime solvi potuit, spectandum esse, ut non aliud sit spectandum, sive pluris alias intersit, sive minoris: pene diserte hanc sententiam expressit Ulpianus in *L. ubi.* §. 1. *D. de eden.* Nam cum edicto *de edendo* constitueretur actio in id, quod actoris interest, illi rationes edi, cum decernitur a prætore: de hoc tempore aperte ita Ulpianus scribit: ut dicat *præstari*, *quod interfuit mea*, *cum decerneretur a prætore*, *non quod hodie interest*, *et ideo licet interesse desiit*, *vel minoris vel pluris interesse* *cæ-*

cœpit, locum hanc actionem non habere, neque ad augmentum, neque ad diminutionem. Idem scriptum est a Paulo in L. *qui autem*, §. 1. *D.* si quis caut. *Illud tenendum est*, inquit, *æstimationem eius quod intersit agentis, ad illud tempus referendam, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, quamvis desierit interesse.*

Hactenus ergo et ex hoc loco Celsi, et ex illo superiore cum Ulpiani, tum Pauli, intelligitur, cum de eo quod interest æstimando agitur: sic rem ex uno tempore certo et constituto æstimari, ut sive ante pluris interfuerit, sive postea: tamen horum temporum nulla ratio habeatur, sed eius tantum, ex quo quidque æstimandum dicimus: quam recte, ita constituatur, postea viderimus. Nunc hoc constet, ita ius se habere, ut diximus. Se-
5 quitur, videamus, quodnam † id tempus esse Celsus velit. Et definit id esse, *qui novissime quidque solvi potuit.* Ex eo autem genere esse calendas, quibus quid dari stipulati sumus. Nam hoc posito, unumquodque ex eo tempore æstimari, quo novissime solvi potuit: inde colligit in specie a se proposita, calendas esse spectandas, quod non recte faceret, nisi in calendis inesset novissimum illud solvendi tempus, ex quo quidque æstimandum dixerat. Sed neque quod sit id tempus, quo novissime res solvi potest; neque an recte dicatur diem constitutum eiusmodi tempus esse; neque adeo an recte constituatur ex eo tempore quidque æstimandum, quidquam addidit Celsus, ut intelligeremus: et sunt omnia eiusmodi, de quibus videam parum liquere. Proinde, quod locus cogit, de his paulo pluribus considerandum est. Quæritur, quodnam sit id tempus, *quod novissime quidque solvi potest.* Et novissimum, supremum appellamus: ut cum dicimus, pacta novissima, novissimam scripturam, eum, qui novissimus decesserit, *L. pacta novissima, C. de pact. L.* 12. §. *ultim. D. de legat.* 1. L. *vel singulis, D. de vulg.* Est ergo novissimum rei solvendæ tempus id, ad quod usque res potest solvi; post id amplius solvi non potest. Id in omnibus obligationibus non est unum: sed pro natura rei debitæ variæ con-
6 stituitur. Itaque † aliud est, cum species certa debetur; aliud in faciendi, et earum rerum obligationibus, quæ pondere, nume-
7 ro, mensurave constant. Cum species † certa in obligatione versatur, siquidem res integra permansit usque ad rem iudicatam: novissimum solvendi tempus est rei iudicatæ, sive condemnationis: sin res ante aut periit, aut deterior post moram facta est, hoc ipsum supremum tempus solvendi habetur, quo ista contigerunt. Hoc ita esse intelligere possumus ex L. 3. §. *de cont. trit.* In qua, re certa petita, cuius æstimatio præstanda sit, et de qua ob eam caussam quæratur cuius temporis æstimationem recipiat, in ea hæc ipsa tempora spectanda esse scriptum est. Quod congruere cum Celsi definitione aliter non potest, quam si ea ad solvendum novissima esse statuerimus. Et certe recte hæc dicuntur novissima esse ad solvendum. Quandiu enim res extat, et integra est, tandiu, debetur: proinde tandiu solvi potest, aut debitor eius solutione liberatur, iuxta regulam iuris. Tit. *quib. mod. tol. obl. in pr.* Postquam autem periit, facit natura, ut iam solvi non possit, sed etsi post moram deterior facta sit, similiter evenit, ut eam qualis est, talis non possit solvi, quia non videatur præstari quæ deterior præstatur. *L.* 3. §. 1. *D. commod.* In faciendi † autem obli- 8
gationibus novissimum solvendi, idest, faciendi tempus, post quod videlicet promissorem facientem non liberari placet, est dies constitutus, siquidem dictum sit quo die fieri deberet: si dictum non est: tempus litis contestatæ: quorum prius hic statuitur; posterius in *L. si insulam*, 84. *D. de verbor. obligat.* Cur hæc † tam varie? Rei debitæ conditio 9
in caussa est. Cum enim species certa debetur, deque ea iudicio agitur, hæc petitur ipsa, non aliud, sive pure promissa sit, sive in diem. Eo fit, ut iudicio inclusa debeatur, non minus post litem contestatam, quam ante: et quia debetur, debitor quandoque eam solvendo liberetur. At cum fieri † quid pure 10
promissum est, eoque nomine agitur, quia factum non est, quod fieri debuit: non ut fiat, petitur, sed agitur in id, quod stipulatoris interest. Ita hic post litem contestatam debere incipit id, quod interest: cuius rei obligatio iudicio contrahitur. Hæc semel creditori quæsita, eo invito mutari non potest: ut pluribus scripsimus ad dict. *L. si insulam, D. de verb. obl. et L. si quis ab alio*, §. *ultim. infr. eod.* Itaque de litis contestatione minor dubitatio est, cur post eam dicamus debitorem qui pure se facturum quid promiserit, iam amplius facientem non liberari, eoque esse id novissimum faciendi tempus. At cur non idem servatur et tunc cum quid stipulatus sum fieri Calendis? Cur hic † potius 11
diem constitutum dicimus, esse tempus novissimum faciendi? de eo vero non immerito dubitari potest. Quid enim, an post diem constitutum amplius facere non licet, quod promissum est, ut debitor liberetur? Et hoc quidem non obscure declarat Celsus hoc loco. Atqui negari videtur in dicta *L. si insulam.*

Illic enim scriptum est, *si insulam fieri sim stipulatus, et transierit tempus, quo insula potuit fieri: quandiu litem contestatus non sim, posse debitorem facientem liberari*; et vero cur non liberetur debitor, qui post Calendas facit, quod Calendis se facturum promittitur, etiam præteritis Calendis non debetur? quod si debetur, quid restat, nisi ut eius præstatione debitor liberetur, ut dictat regula iuris? dicto *Tit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Et si nobis constare volumus, dicendum est, quod Calendis fieri promissum est, Calendis præteritis non deberi; quia sit contra conventionem, ut fiat postea: quod si non debetur, consequens est nec solvi posse. Neque vero id negatur in *d. L. si insulam.* Observandum est enim agi eo loco de eo stipulatore, qui pure et simpliciter insulam fieri stipulatus est; eoque et de reo, qui eodem modo promisit. Recte dicitur omne intermedium tempus, quod intercedit usque ad litem contestatam, ei liberum esse ad solutionem, qui conventione non adstringitur, ut certo tempore faciat. Die autem ad faciendum nominatim constituto, conventio rem liberam promissori esse non sinit. At enim qui certo die quid promisit, etiam post diem idem debet. Non enim dies adiicitur, ut cum dies venerit, non debeatur, quod promissum est; sed potius, quo magis debeatur, et peti possit, *§. in diem, Inst. de ver. obl. L. cedere, D. de ver. sign.* Recte hoc dicitur, cum res promissa est, quæ etiam post diem constitutum extat. Longe aliter res se habet, cum quid certo die fieri stipulati sumus. Non enim, ut res promissa, quæ extat, omnibus temporibus una est, eoque et ante moram, et post moram eadem debetur, quæ et promissa est: itidem et factum, quod in conventionem venit, omnibus temporibus idem est, sed aliud atque aliud, ut proinde transacto eo tempore, quo fieri quid ex conventione debuit, iam amplius non sit integrum, eoque nec solvi possit, quod promissum est. Facta enim sua utilitate æstimantur: sine qua nihil prosit aliquid stipulari, de quo plura ad *L. si quis ab alio, §. ult. inf. eod.* Hæc utilitas pro rebus et temporibus variatur; ut puta; insulam ædificaturum te promisisti in illa area: hodie, quo tempore area mea est, si ædificas, id factum est, quod rebus meis insulam adiicit; si area mea non est, factum est eiusmodi, quod insulam fecit alterius, non meam. Insula enim cedit solo, ut dicendum sit, in dissimili utilitate aliud atque aliud factum iudicandum esse. Ac fingamus omnium temporum eandem utilitatem esse: tamen necessario fatendum est, operam, quæ hodie sumitur, aut sumi potest, non esse eandem illam, quæ cras aut postero die adhibebitur, etiam si parem aut nihilo segniorem esse concedamus. Id si ita est, consequitur, cuiuscunque diei factum et operam stipulati sumus, eius solius temporis factum deberi: sequentium non deberi, quia nec in stipulatum venerit. Et hoc est quod Pompon. ait, in *L. si quando, D. de oper. lib.* præteritam operam iam dari non posse: præteritam enim vocat, eam operam, quæ certo tempore dari debuit, nec data est. Hanc negat dari posse, non quod non adhuc opera præberi possit: sed quia quæcunque dabitur postea, hæc alia futura est, quam ea, quæ est promissa; eoque præstita nihil prodest nec ad liberationem.

Apparet igitur, cum quid stipulati sumus, fieri Calendis, recte dici, Calendas esse id tempus, quo novissimæ res solvi possunt: quod Celsus hic respondit. Quæ † tempora in eo quod interest æstimando servari modo diximus in faciendi obligationibus, eadem statui 12
legimus in vino, et cæteris rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant; cum, quia suo tempore præstitæ non sunt, de his æstimandis in iudicio agitur, quæriturque cuius temporis æstimatio facienda sit: hoc in *L. vinum. D. si cert. pet. et L. ult. D. de cond. trit.* Quod cuiusmodi sit, pluribus exposuimus ad *d. L. vinum.* Superest iam, videamus, † quam recte et hic, et superioribus locis constituatur: ex his temporibus quid- 13
que æstimari. Et vero secundum regulas iuris aliter statui non potest. Quadiu enim solvi potest res promissa, tandiu de æstimatione eius quærendum non est. Ipsa enim res præstanda est, non eius æstimatio: quandoquidem aliud pro alio invito creditore solvi non potest, *L. 2. §. 1. si cert. pet.* Tum ergo de eius æstimatione quærendum est, cum ipsa non potest amplius præstari, aut in totum, aut certe integra. Ex quo vero tempore æstimabitur, quæ non est? Nempe necesse est aut ex novissimo tempore æstimari, quo scilicet primum res ad æstimationem spectare incipit, aut ex sequentibus. Ex sequentibus temporibus, quibus res nulla est, quomodo tandem æstimetur? Ita fit, ut ex eo tempore quod supremum fuit ad solutionem sit æstimanda. Id etiam conficitur hoc modo: cum pecunia pro re præstatur, necesse est tantam esse pecuniam, quanti est res eo tempore, quo primum æstimanda est. Res autem quæque debita promissave tunc primum in ea caussa esse incipit, ut æstimanda sit, cum esse desinit: igitur quanti tunc solum est,

tanti

tanti æstimanda est: Iam vero in rebus certis promissis non diei adiectione, aut litis contestatione accidit, ut res, quæ fuerant, esse desinant, aut deteriores fiant; sed accidit natura. Proinde huius solum temporis, quo natura id contingit, non diei constituti, aut litis contestatæ in his rebus æstimandis ratio habenda est. In factis autem promissis cum natura rei, tum potissimum diei adiectione efficitur, aut sine die constituto litis contestatione, ut post hæc tempora amplius fieri non possit, quod promissum est; certe debitor faciendo non liberetur: atque ita ut quod fieri non promissum est, his temporibus fieri posse desinat ad liberationem. Quapropter commutata rerum conditione, et hæc ipsa tempora in hoc genere obligationis eadem ratione spectanda sunt. Quæ si ita sunt, bene et manifesta iuris atque æquitatis ratione in superioribus rebus æstimandis, istorum temporum rationem habendam esse dicimus. Nam quæ in iis quæ quantitate constant, æstimandis ratio sit, quia res pluribus verbis indiget, malumus cognosci ex his, quæ de hoc genere
14 disseruimus ad L. *vinum*. Illud † movet plerosque id faciendi obligationibus, ut statuant quanticunque post moram atque adeo post litem contestatam actoris interest id factum esse, quod promissum est, tanti promissorem damnandum: illud, inquam, quod dicitur unicuique suam moram nocere, *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de reg. iur.* sed non recte movet. Nocet enim unicuique mora sua; sed hactenus, ut perpetuet obligationem, quæ ante moram fuit, non ut augeat, aut inducat novam, *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl. L. centum*, *D. de eo quod cer. loc.* Porro, cum certo tempore quid fieri debet, nihil nisi eius temporis utilitas, idest, id quod eo tempore interest, in obligationem venit. Quare quandocunque agetur postea, aut res iudicabitur, efficiet mora, ut illius temposis utilitas conservetur, et æstimetur petitori; non etiam, ut novæ utilitatis etiam obligatio inducatur.

Ex eo enim tempore) In Pandectis † Flo- 15
rentinis ita scriptum est: *Ex eo enim tempore quidquid æstimatur*, *quod novissime solvi poterit*, sed manifestum mendum est. Imperfecta enim oratio est, nullam exprimens sententiam: ut quæ habeat subiectum tantum sine ullo attributo, quod de subiecto aliquid affirmet, aut neget. Sic igitur legendum est, ut ante dixi, et in omnibus aliis exemplaribus legitur, *ex eo enim tempore quidque æstimatur*, quo novissime solvi potuit. Potuit, non poterit: quia de re præterita, et transacta, non futura agitur.

Ad L. In depositi 12.

Marcellus lib. IV. Digestorum.

In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

SUMMARIA.

1. *In depositi et commodati iudicio actiones condemnato cedi debere.*
2. *Dummodo illi res absit.*
3. *Etiam si dolo rem amiserit, et quare.*
   Et cur non idem ius obtineat in rei vindicatione: ibid.
4. *Commodatarius habet retentionem, nisi dominus antea suis actionibus cesserit.*
5. *Quid post sententiam, an poterit commodatarius eadem retentione uti, et quo iure.*
6. *Dominus actionibus suis tenetur cedere dumtaxat, nec quidquam eo nomine cavere.*
7. *Quam ut per eum non fiat quominus rem possideat.*

QUI quacunque actione tenetur, ut rem restituat (quod ex actionibus in personam in iudicio depositi, et commodati, de quibus hic agitur, accidit, §. *item is*, *et* §. *pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.*) is si rem non restituat, quamvis possessionem sine dolo amiserit; tamen lis adversus eum æstimatur, damnaturque quanti ea res est, de qua agitur, *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Id cum fit: nempe hic laborat reus, ut saltem rem habeat, pro qua æstimationem pertulit: quod ita consequitur, si quæ actiones actoris fue-

fuerunt rei persequendæ caussa, hæ in condemnatum transferantur: ut rei vindicatio, Publiciana, utilis quæ de agro vectigali com-
1 petit, et similes. Hinc quæsitum, an † recte desiderare possit condemnatus, sibi eas cedi ab actore, et an cum desideraverit, consequi debeat. Admittit hoc loco Marcellus, cedi eas postulanti debere, quamvis condemnato, et ei, cuius dolo res absit: sed tum, inquam, cum res illi aberit; et depositi, commodati, aut simili aliquo iudicio in personam agetur. Recte additum utrunque. Tale est enim, ut si quid eorum desit, actiones cedi non pos-
2 sint, aut debeant. Ac primum si † condemnatus rem possideat, cuius æstimationem solvit, frustra ab actore actiones sibi cedi postulet. Sciendum est enim in possessorem, qui id fecerit, statim dominium rei transferri: quod diserte scriptum est in *L. eius*, *D. de rei vind.* et recte. Nam si hic iusta caussa ad transferendum requiritur: litis æstimatio emptionem facit; sive qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est, *L.* 3. *D. pro empt. L. si propter*, *D. rer. amot.* Si requiritur traditio: hæc non est necessaria, cum is, cui rem quæsitam volumus, iam ante eam apud se habet, *L. qua ratione*, *§. interdum*, *D. de acq. rer. dom.* Si voluntas domini desideratur: hæc ex eo intelligitur, quod dominus transegisse videtur cum possessore, et decidisse eo pretio, quod constituit, ut scriptum est in *d. L. eius*, *de rei vind.* Dominium igitur in eum, qui damnatus rem possidet, soluta æstimatione transfertur, aut certe, si petitor dominus non fuit, usucapiendi conditio: omninoque res in bonis eius esse incipit. Hæc res efficit quod a Iuliano in hac specie responsum est in *d. L. si propter*, *rer. amot.* ut hic possessor dominii, aut quasi dominii iure et adversus veterem dominum exceptionem habeat, et si forte possessionem amiserit, adversus omnes habeat actionem, quod omnibus qui rem in bonis habent, conceditur *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. domin.* Hoc vero si ita est, apparet frustra eum desiderare sibi cedi actiones, qui eas habeat: frustra desiderare ab eo qui dominio translato eas amiserit. At non item in condemnatum dominium transfertur, quamvis litis æstimationem præstiterit, si ei res absit. *L. hoc si res*, *D. de rei vind.* Neque enim cuiquam dominium acquiritur domini voluntate sine naturali possessione, dum aut ei res traditur, aut cum apud eum esset, pro tradita a domino habetur, *§. per traditionem*, *et §. interdum*, *Inst. de rer. divis. L. traditionibus*, *C. de pact.* quorum utrumque in re absente contingere non potest. Ita fit, ut hic solum utile sit reo cedi actiones, atque adeo a domino cedi possint. Ac semper cedi debere convenit, sive in rem actione, sive in personam agatur, si modo reus culpa, non fraude possessionem amiserit, *L. si culpa*, *D. de rei vind.* neque
de eo hic nunc agitur. Illud † habuit dubi- 3
tationem, an etiam tunc dominus cedere actionibus suis deberet condemnato, cum is dolo amisisset possessionem. Et hoc, ut dixi, hoc loco probat Marcellus; sed in iudicio depositi, aut commodati. Recte in his iudiciis, quæ in personam sunt, et ex contractu oriuntur. In rei vindicatione idem non placuit, *L. is qui dolo*, *D. de rei vindicat.* An quod in rei vindicatione æquum est, dolum possessoris puniri: in deposito et commodato non item? Imo in his tanto æquius, quod qui in iis rem dolo non restituit, bis peccat; et quod dominum fraudat re sua, et quod turpiter dominum fallit: cum a possessore, qui actione in rem damnatur, hoc solum peccatum sit, quod rem domino aufert, nihil amplius. An forte ideo, quod in rei vindicatione res ex æquo iudicanda sit, non etiam in depositi, aut commodati iudiciis? Atqui hæc bonæ fidei iudicia sunt: in quibus rem præcipue ex fide bona, idest, ex æquo et bono æstimari oportet, *§. in bonæ fidei*, *Inst. de action.* Sed [1] differentiæ hæc ratio est, quod in rei vindicatione dominus possessori non obligatur, utpote cum quo nihil contraxerit, *§. 1. Instit. de act.* Unde si quid dominus possessori præstare debet, id debet arbitrio iudicis, si æquum est: est enim hoc iudicium arbitrarium, *§. præterea*, *Inst. de act. L. qui restituere*, *in fin. D. de rei vind.* Nulla autem iuris aut æquitatis ratio patitur, ut decipientibus succurratur *L. 2. §. verba*, *D. ad Velleian.* At in

1) Alii simpliciter inter actionem in rem, *L.* 69. *de R. V.* et in personam *d. L.* 12. distinguunt. Pac. 3. *Q.* 48. differentiæ ratione reddita, quod plus iuris habeamus in rebus nostris quam nobis debitis, dominii maior vis sit, quam obligationis, magisque peccet, qui domino non restituit, quam qui creditori. Male. Hæc enim ratio aliis contractibus sane convenit, Commodato et Deposito non item. Aliter distinguit Rob 1. *Sentent.* 19. et aliter Duar. ad *d. L.* 12. qui sic. Aut Actor cui reus ad litis æstimationem damnatus, petit exsecutionem sententiæ, et reo cedendæ actiones *d. L.* 12. aut petere non vult, sed recipere rem suam mavult a possidente et non cedendæ, *d. L.* 69. Ob dolum enim in quocunque iudicio pronunciat iudex simpliciter, cedere non cogit, et ita punitur reus, *d. L.* 69. ut liberum sit actori post latam sententiam contempta litis æstimatione rem ipsam vindicare. Male. Quæ enim hæc ullo casu pœna esset, immo commodo afficeretur reus damnatus, quoties actor litis æstimatione spreta alium conveniret etc. Aliter Goth. ad *d. L.* 12. distinguens inter ius strictum, *d. L.* 69. et æquitatem, *d. L.* 12. Quod adstruere est, antinomias non diluere.

in commodato non tantum qui accepit, obligatur commodati, ut rem restituat; sed etiam contra qui commodavit commodatario, ut eum indemnem præstet: idemque est in deposito, *L. in rebus*, *§. possunt*, *et seq. D. commod. L. ei apud quem*, *D. depos.* Idcirco commodatarius etiam ultro iudicium contrarium habet adversus eum, qui commodavit, ut actiones suas cedat, quibus commodatarius de re
4 amissa indemnis reddatur. Quanto † magis idem in actione commodati retentionem habebit, ne prius agenti domino satisfacere cogatur, quam ille actiones suas cesserit? Arg. *L. in rebus. §. ult. D. commod.* Quod tamen iure fit, si reus ante sententiam hac defensione utatur, cum res adhuc integra est.
5 Cæterum re † semel iudicata, et in litis æstimationem condemnato reo, non licet summo iure hac exceptione partam actori iudicati executionem evitare. Arg. *L. 4. §. 1. supr. eod.* Veruntamen et hanc defensionem condemnato tribuendam Marcellus ait: sed ita, ut fateatur iure non dari, sed officio iudicis qui sententiam exequitur ex æquo et bono, unde ut condemnato cedantur actiones, ait in ea re illi succurri solere: quo verbo utimur in iis, quæ adversus strictam iuris rationem conceduntur *L. in caussæ. 1.* iuncta *L. in caussæ 2. D. de minor.* Est autem exceptio ex earum genere, quæ non infirmant sententiam: quod genus etiam post rem iudicatam competit. De quo amplius dicendum est ad *L. Nesennius*, 41. *§. ult. infr. eod.* Illud ad extremum † notandum est, 6
non temere esse, quod de actionibus tantum condemnato cedentis hoc loco dicitur. Nihil enim amplius dominus præstare debet, eoque nec eo nomine condemnato cavere, itaque nec petitor condemnato de evictione cavere debet, *L. ex diverso*, *§. petitor*, *D. de rei vindic.* Et generale illud Scævolæ tenendum est, in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegationem, id est, cessionem pro iusta præstatione esse, *L. quod debetur*, 51. *D. de pecul.* Sane † qui actio- 7
nes suas cedere cogitur, is multo magis hoc præstare debet condemnato, ne prohibeat, quo minus possessio rei ad eum perveniat, quamobrem et de ea re illi cavere debet *d. L. hoc sines*, *D. de rei vindic.*

Ad L. Si quis ab alio. 13.

Celsus **lib. VI. Digestorum.**

Si quis ab alio decem: ab alio satisdari stipulatus est: æstimandum erit, quanti stipulatoris intersit satisdari: idque aut tantumdem erit, aut minus: aut interdum etiam nihil; neque enim vani timoris ulla æstimatio est. Verum sorte soluta, nullum iam pretium æstimationis est, aut quantum ex sorte fuerit solutum, tantum de æstimatione decedet.

SUMMARIA.

1. *Eum qui se satisdaturum promisit, condemnari quanti stipulatoris interest.*
2. *Quod interest stipulatoris quatenus æstimetur: et quid sorte vel in totum vel ex parte soluta* et n. 5.
3. *Regula iuris*, L. quatenus, 24. D. de reg. iur *obiter exponitur.*
4. *Damnum quod datum est, æstimari, non illud quod forte potest accidere.*

Titius crediturus decem millia, ea stipulatus est sibi dari ab eo, qui accipie-
1 bat. Voluit † etiam adhiberi adpromissorem. Adhibitus est, qui promitteret non se decem soluturum, sed eo nomine satisdaturum, quod valet, fideiussorem eo nomine daturum, *L. 1. D. qui satisd. cog.* Adpromissor conventus non satisdat: itaque eo nomine cum eo iudicio actum est. Quæritur in officio iudicis, qualem ille condemnationem facere debeat, utrum condemnare reum, ut satisdet, an aliter. Celsus ait, condemnandum eum, *quantum stipulatoris intersit, satisdari.* Proinde id iudici æstimandum, videlicet, ut certam sententiam ferat, et in certam pecuniam condemnet, quod ab omni iudice in sententia ut faciat, exigitur, *§. curare*, *Inst. de act.* Exempli caussa dictum hoc est a Celso; nihilominus ut idem ad omnes faciendi obligationes pertineat. Hoc enim est, quod ipse

ipse in extremo huius responsi definit, in omnibus faciendi obligationibus hoc evenire, ut qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnetur. Nam hæc pecunia intelligitur, qua æstimatur id, quod interest. definit Paulus, quod petitori abest, quodque lucrari potuit, *L. si commissa*, *D. rem rat.*
2 *hab.* Deinde quæritur † quantum sit in proposito id, quod stipulatoris interest: ait Celsus, *idque aut tantundem erit*, *aut minus*, *aut interdum etiam nihil.* Id hanc sententiam habet: de eo, quanti hic intersit, nihil absolute responderi posse, sed rem ex facto æstimandam, id enim ita futurum est, ut erunt rei pricipalis facultates. Ergo erit *tantundem*, quantum scilicet principaliter debetur, si reus principalis omnino non erit solvendo. Erit *minus*, si reus ex parte solvendo erit. Erit *nihil*, si ita erunt rei facultates, ut ab eo stipulator non minus suum consequi possit, quam ab alio quovis. Idque ita interpretatur Pomponius in *L. si ita stipulatus*, 112. §. *ult. D. de verb. oblig.* Hoc illud est,
3 quod † traditur regula iuris: *Quatenus cuiusque intersit*, *in facto*, *non in iure consistit*, L. quatenus, *D. de reg. iur.* Non consistit in iure: quia de ea nihil certi ullo iure constitutum est, ac ne constitui potest. Consistit in facto, quia de eius æstimatione ex facto et re proposita constituitur. Prout enim damna sunt ex eo, quod factum aut non factum est, ita est id, quod interest. Ea est rerum, quæ facti aut iuris dicuntur, descriptio *L. mora.* 32. *D. de usur.*

Ait Celsus, *Neque enim vani timoris ulla æstimatio est.*) Hoc loco † occurrit tacitæ 4
obiectioni. Diceret enim aliquis, semper creditoris interesse in solidam summam, quæ promissa est, fideiussorem habere. Etsi enim reus principalis solvendo est: fieri tamen potest, ut sunt humana, ut postea desinat esse solvendo. Respondet Celsus, vanum hunc esse timorem, si nulla nunc caussa præsens subsit, cur metuatur. Vani autem timoris nullam esse æstimationem, idest, nihili hunc æstimandum esse, nullam eius rationem esse habendam, quasi non esset. Ex quo colligitur, quoties de damno, et eo quod interest, æstimando agitur, id damnum æstimari oportere, quod datum est: non id, quod postea possit contingere per rerum naturam, cuius tamen nulla adhuc subsit caussa. De quo apertius ea constitutione Iustiniani, quæ est de hoc genere, cautum est *L. unic. C. de sent. quæ pro eo*, *quod interest*, *prof.*

Ait, *Verum sorte soluta*,) Hoc † dicit: 5
Quod diximus modo interesse petitoris, modo non interesse, habere fideiussorem; locum habet solum in eo, quod de sorte solutum non est: verum sorte soluta hoc ratum esse debet, quantum de sorte solutum est, tanto minus interesse creditoris, alium habere: quippe principali obligatione soluta, non est accessioni locus, *L. in omnibus speciebus*, *D. de solution. L. cum principalis*, *D. de reg. iur.*

Ad §. Si quis. *ult.*

Si quis promiserit prohibere se, ne aliquod damnum stipulator patiatur, et faciat ne quod ex ea re damnum stipulator habeat: facit quod promisit. Si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

SUMMARIA.

1. *Promittentem alteri indemnitatem, si non fecerit quod promisit, in tantam pecuniam condemnari stipulatori, quanti istius intersit.*
2. *An in faciendi obligationibus, nisi fiat quod promissum est, faciendi reus in id quod interest, condemnari debeat.*
3. *Dubitandi ratio.*
4. *Solutio.*
5. *An reus factum omnino præstare debeat quod promisit, si modo possit; an si facere recuset, tantum in id quod interest condemnetur.*
6. *Auctoris sententia, videlicet ut si minime factum sit suo tempore quod promissum est, non tam factum, sed quod interest, sit in obligatione, pluribus demonstratur.*
7. *Contrariæ sententiæ argumenta refelluntur.*
8. *Summa rerum.*

1 PRomisit quis † prohibiturum se, ne quid damni stipulator patiatur, id in superiore hypothesi ita potuit contingere, si adpromissor, qui pro reo principali promisit se satisdaturum, id ita fecerit, ut fieri adsolet, ut vicissim sibi a reo caveret fore, ne quod damnum ex ea promissione sentiret: ut consulto factum videri possit, cur has species Celsus coniungeret, utpote ad idem negocium pertinentes. Quæritur in hac specie idem quod supra, si forte promissor non faciat, quod promisit, idest, si quod damnum ex ea re stipulator sit passus, quod promissor non prohibuerit (finge stipulatorem, qui pro reo satisdedit, dum cogitur solvere, coactum etiam mutuam pecuniam accipere sub gravissimis usuris; aut dum eam reperire non potest, bona eius pignori capta esse, et vilissimo forte pretio distracta) hoc, inquam, si contigerit, quæritur quam ad rem promissor sit condemnandus? Et respondit Celsus idem, quod ante, promissorem in pecuniam numeratam condemnari: quod nihil aliud declarat, quam in id, quod interest, ut ipse exprimit, et in principio huius responsi, et in *L. si Calendis, supr. eod.* Sed hoc prius æstimatur, ut supra dixi: tum quanti idest, in tantam pecuniam fit condemnatio, ut sit hæc pecunia æstimatio eius, quod interest, idest, eius damni, quod stipulator passus est.

2 *Sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*) Hoc loco † sententia generalis nobis notanda est de obligationibus faciendi: in omnibus, si non fiat, quod promissum est, hoc evenire, ut reus condemnetur in pecuniam numeratam, æstimationem scilicet eius, quod interest. Extat eadem sententia et in *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus, D. de verb. obl.* In quam, quia hic dicendi locus est, diligentius inquirendum videtur. Ea enim est ex omnibus, quæ certo iure traditæ sunt, quæ † maxime in dubium 3
revocetur. Nec abs re omnino. Cur enim is, qui se facturum quid promisit, non condemnatur, ut faciat, quod promisit, et quia promisit, debet, siquidem potest; potius, quam in id, quod interest, quod non promisit? Ita universi iuris ratio est, ut non possit in pecuniam numeratam seu in id, quod interest, condemnari, si id, quod interest, non debetur. Etenim si non debetur, nec peti potest, non est enim actio nisi eius quod debeatur, *L. nihil, D. de obl. et act.* Si non petitur, nec in iudicium venit; ne in id quidem poterit reus condemnari: non enim in aliud potest condemnare iudex, quam petitum est, nec ultra id, quod in iudicium venit, potestas eius excedere *L. 2. C. de fid. lib. L. ut fundus, D. com. divid.* Quid est autem, cum quid fieri promissum est, quod debeatur? an non quod promissum? Plane hoc ipsum, ut videtur, non aliud. Nisi forte aliquid ex stipulatione deberi potest, quod in stipulationem deductum non sit, quod natura stipulationis non patitur, *L. quicquid, D. de verb. obl.* Et cur dicuntur quædam stipulationes consistere in faciendo, *L. 2. D. de verb. obl.* nisi hoc ipsum in obligatione est, ut fiat? Nam et aliæ in dando consistere dicuntur, in quibus in obligatione hoc ipsum esse intelligitur, ut detur. Ex quibus efficitur, quia id quod interest, in stipulatio-

tionem non veniat, eoque nec debeatur, ideo nec peti, nec in condemnationem deduci posse. Ergo, ut de eo iam respondeam, † fateor hæc ita se habere, siquidem non debetur id, quod interest. Sed si debetur, utrunque contra eveniet, ut et peti possit, et quia petitum sit, in id quoque reus debeat damnari. De hoc igitur cognoscendum est, an debeatur id quod interest postquam tantum temporis præteriit, intra quod fieri potuit, quod promissum est. Et sive huius rei aliqua ratio constat auctoribus iuris, sive nulla; certe hoc ab illis ita constitutum est, id quod interest, deberi. Sic enim scriptum est in *L. stipulationes non dividuntur*, D. de verb. obl. *Celsus tamen Lib.* 38. *D. refert*, *Tuberonem existimasse*, *ubi quid fieri stipulemur*, *si non fuerit factum*, *pecuniam dari oportere.* Non oportet dari, nisi quod debetur, constatque hanc condictionis seu actionis in personam, qua persequimur id, quod nobis debetur, hanc olim formulam fuisse, *si paret*, *eum dare oportere*, §. sic itaque, *Inst. de act.* Sed fortasse id quod interest, promissum non est. Imo ideo debetur in faciendi obligationibus, quia promissum est. Inde in hoc genere stipulationum, id quod interest, in stipulationem venire et stipulatione contineri dicitur, *L. si pœnam*, *L. quoties quibus D. de verb. obl.* et semper venire, additum est in *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. D. eod.* Huc pertinet quod dicitur in §. *ult. Inst. de verb. obl.* in faciendi obligationibus optimum esse pœnam stipulari, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Nempe ergo in his obligationibus versatur quantitas incerta. Et ut hanc esse intelligeremus, id quod interest, et ita, ut idipsum ex stipulatione deberetur: ibidem additur postea, ac necesse sit actori probare, quod eius intersit. Non esset necesse actori id probare, nisi intenderet id deberi ex stipulatione, nemo enim probare cogitur, quod non intendit. Ex eo vero est, ut et in hoc genere si promissor non faciat, quod promisit, agi possit in id, quod interest. Quod etsi priore illo posito sua sponte consequens est: tamen ne in eo etiam hæsitaremus, diserte positum est in *d. L. stipulationes non dividuntur*, §. *Celsus.* Cum enim dictum esset, ubi quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, hæc subiiciuntur. *Ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*, *secundum quæ Celsus ait*, *posse dici*, *iusta æstimatione facti dandam esse petitionem.* Cui congruit, quod scriptum in L. 1. D. de act. empt. *Si res vendita non tradatur*, *in id*, *quod interest*, *agitur.* Quæ si ita sunt, nemo non mirabitur id hoc loco dici, quod est extremum, et superioribus illis consequens, reum nimirum, qui non fecit, in idipsum, quod actoris interfuit, condemnari oportere. At quomodo tandem in faciendi obligationibus id quod interest, promitti dicimus, cum verba stipulationis refragentur? Promisit quis se rem traditurum, insulam ædificaturum. De eo, quod interest, verbum nullum. Potest ne videri id in stipulationem venisse, de quo ne mentio quidem facta sit? Nullo modo, ut iam dixi, ex L. *quidquid*, *D. de verb. obl.* Nos vero in faciendi obligationibus verbo *faciendi*, non quidem aperte, sed vi et potestate verborum; vel verius voto et sententia stipulantium id quod interest, contineri, itaque in stipulationem venire dicimus sub conditione, si factum non sit, quod promissum est, intra id tempus, quod fieri potuit. Intelligendum est enim neminem sibi quid stipulari ideo tantum, ut id fiat: sed hunc finem et mentem esse stipulantium, ut eius facti utilitas ad eos redeat. Nam nisi id fieri eis utile esset: aut non stipularentur omnino: aut certe stipulatio esset inutilis. *Inventæ sunt*, inquit Ulpian. *stipulationes ad hoc*, *ut unusquisque sibi acquirat*, *quod sua interest*, L. stipulatio ista, §. *alteri*, *D. de verb. oblig.* Ita, qui, ut quid fiat, stipulatur, aut promittit, is verbis factum, re vera et cogitatione eius facti utilitatem stipulari et promittere intelligitur. Nec ad rem pertinet, quod verbis id expressum non est: satis est, si intelligitur hoc agi, et stipulationem eo referri. Semper in contrahendo, et quidem in stipulationibus quod agitur, pro canto habendum est, *L. cum quid*, *D. si cert. pet. L. triticum*, *D. de verb. obl.* Facti autem utilitas nihil aliud est, quam id, quod stipulantis interest, *L. 2. in pr. D. de eo*, *quod cer. loc. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *D. de act. empt.* Proinde in faciendi stipulationibus vi ipsa et sententia contrahentium id, quod interest, contineri intelligitur: sed sub condicione, inquam, ut dixi: si factum non sit, quod promissum est: ut ab initio quidem intelligatur in obligatione esse ut fiat: unde et stipulatio dicitur esse in faciendo, *L. 2. D. de ver. obl.* posteaquam autem præteriit tempus, quo fieri potuit, neque factum est, iam promitti intelligatur id quod interest. Itaque idem hic accidit, quod in illo legato: *heres meus penum dato*: *si penum non dederit*, *decem dato.* Nam hic si heres in penu danda moram fecerit, transfunditur legatum in decem, idest incipiunt iam sola decem deberi: quasi hæc fuerit conditio sub qua deberentur, si penus soluta non esset: quæ tamen sic incipiunt deberi, ut pe-

nus

nus usque ad litem contestatam sit in præstatione, *L. 1. D. de pen. leg. L. 1. §. item si ita, ad leg. Falc. L. cum sine, D. quan. di. leg. ced.* Eodem plane modo, et cum quid fieri stipulamur, proinde hoc accipitur: quasi stipularemur quid fieri, ac nisi id fieret, quanti interest, ut indicatur in *L. quoties* 81. *D. de ver. obl.* Ideo postquam factum non est, quod debuit, transfunditur obligatio in id, quod interest, eadem illa lege scilicet, ut factum sit in præstatione usque ad litem contestatam idest ante id tempus faciendo promissor liberetur, *L. si insulam, D. de ver. obl.*

Quod si verum est, confectum est illud, de quo fuit omnibus ætatibus inter interpre-
5 tes dissensio. In quo † quæritur an reus præcise cogatur facere, quod promisit, si modo id possit facere: an vero ne hic quidem teneatur nisi in id, quod interest. Nam si promissor id quod interest, iam statim a principio ex stipulatione debet, quia in stipulationem veniat, quia stipulatione contineatur: haud dubie in præstando liberabitur, non si actor velit, sed si velit ipse, qui offert: quoniam ita ius sit, ut solutione eius, quod debetur, tollatur omnis obligatio. Quod mihi plane statuendum videtur, si nobis consentanea in hac re loqui, et veterum de hac re sententias audire volumus. Sed quoniam res est iuris non adeo explorati, et difficile plerisque persuaderi potest, in faciendi obligationibus aliud debere promissorem, quam quod verbis promisit, idest, factum: quo admisso consequens est, ut id quoque necesse habeat præstare, idest, ut cogi possit: quæ et ipsa sententia multos et graves defensores et olim habuit, et nunc habet: operæ precium est, de hac re tota paulo pluribus agere, ut vera, iudicio meo, sententia adversus aliorum dubitationes hoc loco a nobis, quod licet, statuatur. Controversia omnis in eo est, quod fieri debuit. Si quid enim debetur: hoc præstando necesse est debitorem liberari: si verum est, quod traditur *in princip. tit. quib. mod. toll. obl.* solutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem. Si quid non debetur: non modo idoneus non est cogendus præstare: sed ne ab eo quidem peti potest, non est enim actio ius persequenti iudicio, nisi eius quod debeatur, *L. nihil, D. de obl. et act.* Ergo si probari potest, simul atque factum non est, quod fieri debuit, iam id quod interest, seu pecuniam deberi, sive adhuc idem fieri possit: sive non possit si etiam hoc adiungetur, ipsum factum iam non deberi, sed solum id, quod interest: controversia, opinor, tollitur. Ego autem utrumque ita esse ex veterum iuris auctorum scriptis nullo negocio demonstrari posse arbitror. De priore præstatione, pecuniæ nimirum, et eius, quod interest, consideremus, si placet, quæ sint illorum receptæ sententiæ. Eas plane id dicere, quod primum posui, reperiemus. Ac generales quidem sunt hæ: *ubi quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportet*, dicta *L. stipulationes non divid. verb. Celsus, D. de verb. obligat.* Item; *si res vendita non traditur, in id, quod interest, agitur*, L. 1. D. de act. em. Item illa, quæ hoc loco legitur: *in omnibus faciendi obligationibus hoc evenit, ut si non facit promissor, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnetur.* Nusquam in his omnibus exigitur ab illis, ut fieri non possit, quod promissum est. Unde intelligi debet esse contra illorum sententiam id exigere. Quæro enim, si eam conditionem intelligi oportuit, cur eam prætermiserunt? an quia minus longa sumenda erat illis oratio; illi autem brevitati consulebant? Atqui totidem verbis res exigi potuit, ut dicerent, si id fieri non posset, quod promissum est, pecuniam dari oportet. Quanquam nulla brevitas non vehementer reprehendenda, aut potius ridenda est, quæ res omittit necessarias, et rerum dispendio concinnitatem aliquam affectat orationis. An vero ex ea conditione, quæ in superioribus sententiis posita est, altera intelligebatur? At perspicuum est inter has conditiones, si fieri non possit, et si factum non sit, multum interesse. Quid igitur restat, nisi ut hanc posteriorem ideo adiecisse illos fateamur, quam quod illa ad rem non pertineret, intelligi volebant? Nisi forte cum esset necessaria: aut illi non intellexerunt esse necessariam; aut cum intellexerunt, consulto erroris obiiciendi caussa omiserunt: quorum alterum non est iurisperiti; alterum etiam malitiosi et improbi scriptoris iudicandum est, quos docere te similes, eos consulto in errorem ducere. Non tantum autem in eo peccatum est a veteribus, quod in suprascriptis enunciationibus necessariam conditionem prætermiserunt, siquidem ea fuit necessaria: sed etiam quod ea intellecta circumscriptionem minime necessariam ineptissime addiderunt. In faciendi obligationibus, aiunt, hoc evenit, ut reus condemnetur in id, quod interest. Demus hoc, sic accipiendum esse: si non possit fieri, quod promissum est; nemo iam negaverit hac conditione posita stulte additum esse, in faciendi obligationibus, quasi non idem sit in obligationibus dandi. Atque et in his ipsis, si res promissa post moram debitoris perierit:

rit: hoc idem evenit, ut reus in æstimationem condemnetur, *L. cum res.* 47. §. *ult. D. de legat.* 1. *L. in re, in princip. D. de cond. furt.* ut omnino ita in universum definiri debuerit: in omnibus obligationibus, si id quod promissum est, culpa debitoris amplius præstari non potest, pecuniam dari oportere. Sed apparet, veteres hac adiectione tradere aliquid voluisse, quod esset proprium obligationum faciendi. Atque hoc solum proprium in hoc genere, ut quamvis integrum sit id præstare, quod promissum est: tamen si semel factum non sit, pecuniam præstari oporteat. Quamobrem hoc sensisse illos, et voluisse fatendum est. Nisi vero dicemus hoc proprium esse faciendi obligationum, ut cum factum non est, quod promissum est, pecuniam quidem dare oporteat: sed hac conditione, si stipulator velit; alioqui factum ab eo exigi posse: cum in dandi obligationibus re perempta pecuniam omnimodo dari sit necesse, ubi res iam dari non possit. Sed hæc conditio, si stipulator velit, plane admitti non potest in ea pecunia, quam dicimus dari oportere. Id enim dari oportet solum, quod debetur. Quod si hic pecunia, de qua agimus, debetur: efficitur iure, ut hanc præstando debitor liberetur, sive stipulator velit, sive nolit. Non dubium est igitur, quin in superioribus sententiis, si modo non plane inepte et stulte eas conceptas volumus, hoc senserint veteres, quod verbis expresserunt: pecuniam nimirum dari oportere, simulatque præteriit tantum tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, neque factum est, ut omnino nihil referat, utrum iam amplius id fieri non possit: atque id evenire in faciendi obligationibus; in faciendi, inquam, non in dandi obligationibus, quia in his posterioribus, quandiu res extabat, hic debeatur ipsa, non æstimatio. Sed hæc quia non diserte ac conceptis verbis scripta sunt, sed ex more et usu bonorum scriptorum intelliguntur, ideo minus percipiuntur ab omnibus, iis præsertim, qui ad hanc rem præiudicium contrariæ sententiæ afferunt. Quapropter nihil admodum agitur, nisi docemus hoc ipsum a veteribus nominatim ex facto responderi, si factum non sit, quod promissum est, venire et deberi id, quod interest, etiam tunc, cum quod ex promissione fieri debuit, natura adhuc fieri potest, ut ante. Declaratur hoc in *L. si pœnam, D. de verb. obl.* exemplo eius, qui se pecuniam crediturum promisit. De quo respondetur, si pecuniam non credat, teneri eum in id quod interest, idque ipsum contineri stipulatione. At quisquis est hic promissor, palam et eum non minus pecuniam credere posse, quod se facturum promiserat, quam pro eo, quod interest, pecuniam præstare. Idem declaratur in *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. D. de verb. obl.* In qua ita scriptum est, cum quis promisit se alterius nomine satisdaturum, *semper in hanc stipulationem venire, quod interest stipulantis.* Quid est *venire in stipulationem*, nisi ex stipulatione deberi, quid est *semper* nisi omnimodo, idest sive reus satisdare, sive non possit? Nam altero tempore si id, quod interest, non debetur, seu in stipulationem non venit, plus quam manifestum est, *semper* non venire. Ergo de pecunia, seu de eo, quod interest, in faciendi obligationibus apparet hoc veteres statuere, deberi ista tunc, cum factum non est, quod promissum erat: etsi maxime per rerum naturam idem adhuc liceat facere. Sed fortasse sola pecunia exinde non debebitur: verum una et illud in obligatione erit, ut promissor faciat, quod promisit: idque ipsum poterit stipulator ab eo exigere. Hoc vero ne quis ita fieri in hac re existimet, cognoscat iam et illud alterum, quod proposui, sic in hoc genere deberi id, quod interest, ut debeatur solum: ipsum autem illud, ut ita dicam, *facere*, non deberi, quantumvis item adhuc præstari possit. Quod evidentissime confirmatur in *L. si insulam, D. de verb. obl.* Quid enim? an non illic proponitur, is promissor insulæ faciendæ, qui post litem contestatam paratus erat insulam ædificare: quam constabat per rerum naturam ab eo ædificari posse? At respondetur, eum ædificantem non liberari: quod certum argumentum est, id factum post litem contestatam in obligatione non fuisse, ac ne in solutione quidem: nam alioqui eius solutione promissor quamvis invito creditore esset liberatus, ut iam sæpe diximus. Quod si post litem contestatam non fuit id factum in obligatione: non fuit ne ante litem quidem contestatam: litis enim contestatione ita deducitur in iudicium, quod prius debebatur, ut non mutetur, obligatio prior, sed confirmetur, *L. non solet, D. de reg. iur.* Quibus bene constitutis iam quid sit consequens, apparet. Nempe hoc consequens est, et prius ut debitum recte peti atque ob eam caussam iure in condemnationem deduci; et posterius, quia non debeatur, contraria de caussa ab initio exigi non posse. Quod si quis his etiam certiora desiderat, doceamus, prope hoc diserte quibusdam in locis expressum esse, eum, qui se facturum quid promiserit, non cogi id facere, etiamsi possit, unamque hanc adversus eum condemnationem esse, ut da-

damnetur in id, quod interest. Nam cum defensor satisdat, se dominum iudicio defensurum, quantumvis possit defendere: tamen placet eum defendere non cogendum, sed satis esse committi adversus eum stipulationem ob rem non defensam, nempe in id, quod stipulantis interest. *L. non cogendum, D. de proc.* Atqui de eo agitur, qui possit defendere: stulte quæreretur, an esset cogendus id facere, quod tamen eo loco quæritur. Sed de eo agi constat ex *L. mutus*, §. *ult. D. eod.* quæ lex præcedit. Illic enim ex sententia Labeonis, quæ refertur, dicitur eum, qui ita satisdederit, cogendum esse iudicium accipere, quod mutatur postea ex Sabini sententia in *d. L. non cogendum*, quod sine dubio, nisi in eum, qui possit iudicium accipere, idest, dominum defendere, non cadit. Doceamus et illud, quod omnium maxime ad rem pertinet: etiamsi actionem adversus promissorem ad faciendum dederimus, constituerimusque eum ad id posse damnari: tamen ad eum cogendum nullas esse partes iudicis, nullam rationem denique neque natura, neque iure proditam: ita omnino invitum cogi, etiam si velimus, non posse. Quod si ita est: nempe quæstio tollitur. Demus aliquem, qui iussus aliquid facere, recuset (nam de eo agimus) si velimus eum cogi, quomodo tandem consequemur? Vinculis scilicet, aut verberibus, aut multa cogetur, quis ædificare, aut pingere, qui hoc se facturum promisit. Primum hæc remedia in re pecuniaria non sunt comparata. Ordo iuris est adversus recusantes debitores, ut condemnentur primum: post deinde pignora capiantur, et distrahantur, ut iudicatis satisfiat eius pecuniæ præstatione, quæ pecunia ex illa auctione redacta est, *L. negantes, C. de obl. et act. L. 1. C. de execut. rei iudic.* Tum autem, ut hæc admiserimus: tamen fieri potest, ut his rebus promissor vinci non possit, ut faciat: mori etiam se malit, quam facere. Quid quod debitorem in carcerem coniiciendo facultatem operis perficiendi magis adimimus. Nec vero dubium est, quin illud sit, quod ex Sabino dicitur in dicta *L. non cogendum, D. de procur.* nullas esse prætoris partes ad compellendum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse. At in emptione saltem, dixerit aliquis, omnique stipulatione, ex qua rem tradi oportet, si res promissa non tradatur, paratum remedium est adversus recusantem, ut res ei auferatur, quia potest, et sic tradatur creditori, itaque ea etiam utemur, quia licet. Multo vero minus hoc remedium ad cogendum venditorem, promissoremve convenit, utpote quod sit creditori ad id consequendum, quod vult, inutile. Curabit iudex rem emptori tradi, sed quid tum, si res in eum non transfertur? Hac enim conventione rem tradi, non continetur nudum factum tradendi, sed caussa bonorum, ut loquitur Ulpian. in *L. in conventionalibus*, §. *ult. D. de verb. obl.* idest, ut venditor sic rem in emptorem transferat, ut ea traditione dominium nanciscatur, aut usucapiendi conditionem. Porro hoc iudex præstare emptori non potest: quia ipse non est dominus, *L. traditio, D. de acquirend. rer. domin. L. nemo plus, D. de regul. iur.* Cuius rei et illud argumentum est, quod adiudicationes, ex quibus dominium transfertur, in tribus tantum iudiciis receptas legimus, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, §. *si familiæ, et duob. sequent. Instit. de offic. iud.*

Satis igitur probatum puto, eum qui facturum se quovis in genere faciendi quid promisit præcise cogi ad faciendum, rebus etiam integris, nec posse, nec debere. Reliquum est, ut videamus, num satis sit caussæ in his, quæ contra afferuntur, cur ab hac sententia discedamus. Non enim profecto temere est, quod Bartolo et aliis plerisque eruditissimis hominibus aliud in hac caussa videatur. Ego autem nihil ab his satis idoneum contra afferri existimo. Aiunt æquum esse fidem servare, *L. 1. D. de pact.* Aiunt etiam aliud pro alio invito creditore solvi non posse, *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Ex quo effici volunt, faciendum esse, quod promissum est, si potest, pro eo autem pecuniam, et id quod interest, idest, aliud pro præstari et iniquum et contra ius esse. Recte utrunque; siquidem prius probarent in faciendi obligationibus; cum factum non est, quod debuit, non deberi id, quod interest, sed factum duntaxat. Sed si in his debetur id, quod interest, idque ipsum continetur stipulatione, ut supra multis ostendimus: commutatur iam adversus eos superior ratio, idque efficit, ut quia pecunia debetur, et promissa est, ideo promissor hanc præstando, idest, id, quod debuit solvendo omni iure liberetur. Utuntur illi argumento rei vindicationis: in qua possessor, siquidem rem habet, ita iubetur rem restituere, ut etiam manu militari possessio ab eo transferatur, *L. qui restituere, D. de rei vindic.* Addunt restitutionem eius operis: quod adversus nunciationem factum est: de quo ita agitur, ut opus destruatur, *L. prætor, §. 1. D. de oper. nov. nunc.* Sed hæ species potius adversus illos valent. Nam in his caussis, ut quis cogatur præcise facere, quod petitur, propria et singulari ratione constitutum est. Ideo non est pro-

producendum ad consequentias, *L. quod vero*, *D. de legib.* Nam in rei quidem vindicatione dominus est, qui petit. Hæc res una cogit efficere, ut si fieri possit, transferatur in eum possessio: cum sit iniquissimum, cuiquam rem suam auferri, aut adeo cogi eum, quod velit receptum, vendere, *L.* 2. *D. de iis, qui sunt sui vel alieni iur. L. si servos in fin. D. de pign. act. L. non enim, D. rer. amot.* versatur præterea in ea restitutione iussus, et imperium iudicis. Animadvertendum est enim omnem actionem, quæ pertinet ad restitutionem alicuius rei, esse arbitrariam, idest, eam, in qua prius arbitratur rem restitui, ac nisi arbitrio pareatur, sequitur condemnatio *d. L. qui restituere, D. de rei vind.* Quare pertinet hoc ad auctoritatem magistratus iussum vel suum vel iudicis a se dati tueri, et manu etiam, si res postulet, extra ordinem exequi. Arg. *L.* 3. *D. ne vis fiat ei, qui in pos. mis.* Cum hoc fieri posse æquum et utile est: tum vero rei conditio admittit, ut possit per iudicem transigi. Desiderat enim ea translatio naturalem tantum possessionem, quæ vel a privato quovis tradi potuit, nedum a iudice. Non enim sententia iudicis quidquam iuris in dominum transfert; sed id, quod fuit, declarat *L. ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind. L. sicuti*, §. *sed si quæratur*, *D. si serv. vind.* Diversa omnia in actione in personam, in qua de re nobis debita agimus. Nam quoniam debitam petimus, alienam petimus: sed sine iniuria actoris, apud eum, unde petitur, ut dominum manere potest, et vero eo invito sine ipsius iniuria in alium transferri non potest, nisi prius fuerit pignori obligata et solemniter distracta, L. *id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Tum autem iudex eam creditori tradendo hoc illi præstare non potest, quod desiderat. Dominium enim in se transferri vult. Hoc iudex non potest transferre, qui dominus non est, ut iam dixi. Nam quod attinet ad restitutionem eius operis, quod adversus nunciationem factum est: non mirum, si Prætor id iubet destrui. Constat enim id opus fieri contra edictum Prætoris; ut appareat Reip. interesse ad asserendam auctoritatem magistratus, id opus adversus eius imperium non extare, eamque eius destruendi unam caussam esse iudicatur in dicta *L. prætor*, §. 1. *D. de oper. nov. nunc.* Nihil igitur in his caussis cum faciedi obligationibus simile, ac non valde abhorrens. Movet etiam illos, quod de procuratore actoris scriptum est in L. *sed et eæ*, §. *ult. D. de proc.* Compelli videlicet hunc dominum, cuius nomine agit, defendere, nec sufficere ob rem non defensam stipulationem committi. Id vero exemplum neque congruit, neque si congrueret, quidquam illos adiuvat. Non convenit, ut dixi, exemplum. Qualis est enim ea defensio, quæ a procuratore actoris exigitur: utrum debita, an non debita? Nullo vero modo debita (non enim ab eo promissa est) sed ea quæ tanquam conditio exigatur ab eo, ut qui edicto prætoris admittatur ad agendum hac conditione, si dominum defendat, *L. servum*, §. *ult. D. de procurat.* Quo fit, ut nisi prius domini nomine iudicium suscipiat, actio ei ex edicto denegetur: quia conditione edicti non pervenit, inquam: non quia quidquam promissum, aut a se debitum non præstet. Nos de faciendi obligationibus agimus: in quibus non eadem necessitas imponatur faciendi, quod promissum est, quia id actum sit, ut eius facti utilitas stipulatori præstaretur: quæ necessitas imponitur implendæ conditionis ei, qui ex conditione adiecta aliquid velit consequi. Hæc ita esse certum argumentum habemus in procuratore rei, a quo eadem defensio postularetur. Quia enim is promittit, se dominum defensurum, eoque hæc defensio ab eo tanquam debita exigitur: ideo in eo regula supra scripta, quam posuimus de faciendi obligationibus, constanter retinetur; ut quamvis possit dominum defendere: tamen placeat non defendentem in id solum quod actoris interest, damnari, ut supra docuimus ex L. *non cogendum*, *D. de proc.* Demus tamen ex faciendi obligatione eodem modo cogi promissorem ad faciendum, ut cogitur procurator actoris dominum defendere: tamen exemplum nihil pro contraria sententia facere reperietur. Nam nec procurator iste præcise dominum defendere cogitur: pœna enim defendentis procuratoris non hæc est, ut in ius ducatur, et illic extorqueatur ab invito, ut actoris nomine iudicium suscipiat; quod nec fieri potest, si apud se constituerit, aut latitare, aut præsens tacere: sed hæc pœna est, inquam, et sola, ut denegetur actio, L. *mutuus*, §. *pœna*, *D. de proc.* Quo fit, ut non agendo evitet defendendi necessitatem. Sed plerique certissimum contrariæ sententiæ firmamentum sibi constitutum se habere putant in §. *aliæ*, *Inst. de donat.* Illic scriptum est, donationem itidem ut venditionem, utranque pariter necessitatem in se habere traditionis. Quibus verbis certius putant hoc exprimi, venditorem præcise cogi ad tradendum. Sed non recte, ut ex innumeris locis convinci potest, ac præcipue ex eius ipsius loci manifesta sententia. Nam sub titulo *de edendo* plus quam frequenter dicitur, argentarius alias cogi, alias compelli edere: quod plus est, quam necesse habere, L. *prætor*,

§. *is*

§. *is etiam*, L. *si quis ex*, §. 1. *D. eod. tit.* et tamen alibi scribitur, nisi rationes edat, non aliter cum eo agi, quam ut præstet, quod adversarii interest, L. *ubi*, *D. eod.* Et ne discedamus a venditione, scriptum est in L. *ex empto*, *in pr. D. de act. empt.* venditorem rem ipsam præstare, et tradere oportere: quod nihil aliud declarat, quam illud, quod apud Iustinian. est, venditorem necesse habere rem tradere. Et tamen paulo post in *ead.* L. §. *item ait*, scriptum est, non tradentem venditorem in id, quod interest, condemnari. Unde intelligitur, quod dicitur, venditorem necesse habere rem tradere, et quod idem est, venditori necessitatem imponi traditionis, id sic accipi debere; nisi velit condemnari. Ut necessitas hic intelligatur ea, quam alii necessitatem consequentiæ, Cicero *Lib. 2. de invent.* necessitatem cum adiectione vocat. Res sic habet: venditori necessitas imponitur traditionis, idest ita tenetur rem tradere, ut non liberetur, nisi tradiderit: idcirco non dicimus, non tradentem non liberari, sed et teneri eum, et ob eam caussam damnari oportere. Sed quæritur ad quid teneatur, et ad quid condemnari debeat, utrum ad rem tradendam an in pecuniam numeratam? Nos vero de eo, quod apud Iustinian. omissum est, ex certis et notis locis respondemus, damnari eum in pecuniam numeratam, sive in id, quod interest. *Si res vendita non tradatur*, inquit Ulp. *in id*, *quod interest*, *agitur*, L. 1. D. de act. empt. Item in *d. L. ex empt.* §. item ait. *Idem ait*, inquit, *non tradentem*, *quanti intersit*, *condemnari.* Et in *L. 4. C. de act. empt.* hæc verba sunt: *si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat*: *quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses provinciæ*, *tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Et cur amplius dubitemus hanc Iustiniani sententiam esse in *d. §. aliæ*, ut venditor necesse habeat rem tradere, vel certe id, quod interest, solvere, si Iustinianus ipse alibi necessitatem illam tradictionis, de qua loquitur, cum hoc adiuncto accipiendam esse interpretatur? Id vero facit in *L. contractus*, vers. *adeo C. de fid. Inst.* ubi de ea necessitate loquens, quam et illic venditori imponi, ait, nominatim in ea hanc disiunctionem obligationis posuit, quam modo dixi. Quod ut non faceret; tamen in §. *aliæ*, aliud esse Iustiniano necesse habere, rem tradere, et aliud, rem extorqueri invito, seu præcise cogi facere, vel ex verbis ipsis eius loci nullo negocio intelligi potest. Illic enim generaliter, ut de donatione, sic de omni emptione definit Iustinian. habere eas in se necessitatem traditionis, quod apparet non solum de his venditoribus dictum esse, qui rem venditam apud se habent: et de his qui non habent, nempe de omnibus. Ita si necessitatem habere traditionis sic illic interpretabimur, ut possit res auferri venditori, sive, ut præcise cogatur tradere: dicendum erit etiam, qui rem non habent, eos præcise cogendos esse ex Iustiniani definitione: quod absurdum esse, vincam vel eorum, qui contra sentiunt, confessione. Necesse est, igitur, ne his quidem venditoribus hanc interpretationem accipi posse, ut possit eis res auferri: quia hæc oratio, *necessitatem in se habere traditionis*, cum communiter ad utrunque genus venditorum referatur: non possit nisi una et communi significatione, quæ pariter utrique conveniat, ad utrumque referri: Arg. in *L. 4. in pr. ver. sed si aliter*, *D. de vul. et pub.* Ex quibus nunc iudicari potest, quid hic afferant contrariæ sententiæ defensores, quo nobis veram, ut existimo, et tot modis et locis confirmatam sententiam extorqueant. Quare, ut hunc † locum iam 8
concludam, constitutum hoc sit, postquam in faciendi obligationibus, continetur obligatione id, quod interest, cum factum non est, quod fieri debuit; recte dici eum, qui id præstet, præstare quod debet, itaque eo, modo, vel invito creditore, liberari: ut consequens sit aliud ab invito debitore exigi non posse: eadem ex re effici, ut id tanquam debitum peti possit, et debeat; et re in iudicium deducta non in aliud quam in id, quod interest, debeat reus condemnari. Si in hac sententia auctoritas scripti iuris quæritur, loci minime dubii in medio sunt, quibus traditur, si factum non sit, quod promissum est, præstandum esse id, quod interest. Si caussa huius sententiæ spectatur; non tantum hæc iusta est, et quæ ex mente contrahentium ducitur: sed etiam necessaria est: non enim potest quisquam cogi, ut faciat, quod nolit, neque porro, si non vult, aliud superest, nisi ut lis adversus eum æstimetur. Ratio iuris hæc efficit, siquidem id, quod interest, obligatione continetur. Etenim secundum regulam iuris, unusquisque solvendo, quod debet, liberatur. Si quid auctoritas interpretum ad rem facit, doctissimi veterum et iidem ex omnibus cordatissimi habiti in hac sententia fuerunt, Ioannes, *Azo*, Hugolinus, et qui ab Accursio commemorantur ad *L. 1. D. de act. empt.* Nihil igitur videtur, cur eam non retineamus.

Ad L.

Ad L. Quod iussit. 14.

Idem Libro xxv. Digestorum.

Quod iussit, vetuitve prætor, contrario imperio tollere et remittere potest, licet de sententiis contra.

SUMMARIA.

1. *Quod iussit vetuitve prætor extra sententiam tollere et mutare: minime sententiam rescindere nec mutare potest, et quare* et n. 7.
2. *Quid sit sententia; et ea quæ iubet aut vetat prætor extra sententiam cuiusmodi sint.*
3. *Quandiu prætor ea tollere ac mutare potest.*
4. *An et sine caussa mutare potest.*
5. *Num cogi possit; si adest caussa.*
6. *Quod paratum remedium, si hac in re iudex iniuriam faciat.*

Quæsitum est, an quod iussit, vetuitve prætor, et omnino quodcunque semel statuit, id possit contrario imperio mutare, ut ei quod posterius statuerit, stetur. Distin-
1 guit † hoc loco Celsus ad hanc sententiam, ut si quidem [1] iussit, aut vetuit non sententiam ferens, id contrario imperio tollere, et remittere possit: sin sententiam tulit, hanc non possit rescindere, aut mutare, non magis, quam quivis alius iudex, de quo dicetur postea ad *L. Paulus*, 42. Scribit quidem ille hoc loco sine distinctione, prætorem tollere posse, quod iussit, vetuitve: quæ verba etiam ad sententiam pertinent, et hanc quoque mutari, et rescindi posse significant: siquidem verba hæc tantum sequimur. Nam et in sententia prætor iubet, aut vetat. Si condemnat, iubet reum solvere, si absolvit, ab eo peti vetat. *L. quid tamen*, §. *si arbiter*, *D. de recep.* Sed ex eo, quod de sententiis subiicit, quid præcedentibus illis verbis sentiat, apparet. Aut enim iussum opponit sententiæ: quod si fit, intelligere licet verbum *iussus* restringi ab eo ad ea, quæ extra sententiam iubentur: alioqui male ista opponeret, atque etiam contradicere intelligeretur: aut, quod est verius, id quod prius generaliter dixerat, temperat sequentibus verbis, quasi ita diceret: quod iussit, vetuitve prætor, contrario imperio tollere potest: sed hoc admittendum est, in cæteris iussis prætoris; in sententiis contra sentiendum est. Utroque modo introducitur, statuiturque ea distinctio, quam modo dixi. † Sententia est pro- 2
nuntiatio iudicis, quæ litem finit. L. *qualem*, §. *dicere*, *D. de recep.* Quæ autem iubet, aut vetat prætor extra sententiam: siquidem in iudicio iubet, ea sunt, quæ pertinent ad caussæ præparationem. *d. L. qualem*, *in fin. idest*, ad caussam aut cognoscendam melius, aut citius transigendam; quod genus sunt hæc: cum iubet aliquod instrumentum edi: litigatori adesse Idibus, aut certo loco: tot testes produci, sive his denunciari testimonium. Si extra iudicium iubet, ut postulanti in re aliqua iussum integrum servetur. Cuius generis est, cum iubet opus novum nunciari: cum iubet caveri damni infecti nomine. Ex quibus quæ sunt prioris generis, non modo tollere prætor potest, qui ea iusserit: sed etiam privatus quivis iudex, qui eadem fecerit: nam et hoc arbitro liceret. *d. L. qualem*, §. *ult. de recep.* Nec iniuria. Est enim iudicis omnia facere, quæ ad causam melius cognoscendam et citius transigendam pertinent, quo litigatoribus sine fraude alterutrius citius consulatur. Finge eum aliquid iussisse, aut vetuisse ad eam rem, quod postea comperierit, aut ad rem non pertinere, aut progressum litis sive caussæ impedire; denique non expedire ita

1) De hac interlocutoriæ revocatione et ut iudex errorem corrigere possit vid. Aron. 4. *Enant.* 19. Rulant. *P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 14. *n.* 18. Moller. 4. *Semestr.* 1. *n. et seq.* Asin. *de Exsecut.* §. 3. *C.* 150. *et C.* 240. Damh. *Praxi civ. Cap.* 146. Monter. *decis.* 3. Quando et quibus casibus revocari nequeat Corset. *sing.* 292. *et* 4. *seqq. et* Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 2. *n.* 5. *et seqq.* Vaud. *Lib.* 1. *Q.* 49. refellens eos qui putant pro arbitrio revocari posse.

ita fieri. Pertinet videlicet ad eius officium id continuo mutare; ne quod ex usu litigatorum constitutum erat, id contra eius consilium in eorum perniciem convertatur: contra *L. nulla, D. de legib. L. quod favore, D. eod.* Quæ sunt posterioris generis, et hæc quoque prætorem mutare posse constat. *L. si opus, D. de op. no. nunc. L. pen. D. de præt. stip.* Ideo autem potest, quia cum ea statuantur, ad ius futurum postulantis conservandum, est æquissimum, sive ea non esse satis ad eam rem, sive iam non necessaria videbuntur, ea
3 tolli. Quandiu † autem iudex, aut prætor hæc mutare potest? Quandiu [a] res erit integra: idest, quandiu factum non erit, quod iussit, et quandiu, quod vetuit, fieri potest. Quoties autem poterit? Nempe quoties e re esse videbitur. Quod si caussa non sit, cur tollat
4 prætor, quod iussit vetuitve? Si sine † caussa mutat, quod recte iussit, non recte facit. Sed tamen si facit, facit cum imperio et potestate sibi tributa, ideoque tam id ratum est, quam quod initio iussit, aut vetuit. Quæ omnia eo defenduntur, quod hic nihil distinguitur in mutandi potestate. Quod
5 † si postuletur a iudice, ut quod iussit, mutetur et caussam esse probetur: an mutare cogendus est. Et cum dicatur hoc loco eum tollere posse, quod iussit: hoc verbo posse, satis admonemur eum posse tollere, si velit: si nolit, non esse cogendum. *L. 1. C. quom. et quan. iud. L. sæpe, et L.*
6 *seq. D. de off. præ.* Quid ergo, an † impune in his rebus iudex aut magistratus iniuriam faciet, vel hæc tollendo, ubi non oportet, vel non tollendo, ubi æquum est? Minime, sed adversus iniuriam paratum est remedium appellationis, quæ appellatio de iis, quæ extra iudicium iussit magistratus, statim interponi potest, de iis, quæ iussit in iudicio, non ante sententiam, quam appellamus definitivam. *L. penul. C. quor. ap. non rec.* Sed cur † minus licet prætori sen- 7
tentiam mutare, quam quod iussit statuitve ante sententiam: cum sit boni iudicis semper æquum statuere, et quod non recte constitutum est, id mutare in melius. Duplex caussa est, una quod sententia lata iudex esse desinit: ut quamvis æquum sit, aliquid statuere: tamen non possit statui ab eo, qui iudex non est. Altera, quod sententiam iudex fert caussa cognita, quæ res facit, ut suspectum esse debeat, quicquid postea constituerit. Sive enim ante recte statuit, vel ipso auctore id mutari non debet: sive inique, ideo, quod postea dicit, valere non debet, quia verisimile sit eum, qui de improbitate prioris iudicii, aut imperitia sua fateatur, nihilo meliorem, aut religiosiorem in posteriore sententia futurum. Quorum nihil in iis dici potest, quæ sine iudicio et sententia statuuntur. Non enim qui aliquid iubet, quod ad præparationem iudicii pertineat, ideo iudex esse desinit: aut, qui iubet, tanquam magistratus: ideo magistratus amplius non est: sed nec quicquam istorum iubetur, aut vetatur, ut per hoc ab omni lite discedatur: sed quia id pro tempore et ex re nata putatur ad utilitatem et commoditatem iudicii aut ad iuris futuri tuitionem pertinere.

Ad L.

a) Quidam tamen interlocutoriam etiam postquam executioni mandata est, revocari, Bover. *Sing.* 63. *n.* 20. Quod Corset. *d. Sing.* 292. non admittit. nisi ex consensu partium. Sane et post decendium lapsum recte rescindi convenit. Vulgatum enim est in rem iudicatam transire quoad partem, non quoad iudicem, Bover. *d. Sing.* 63. *n.* 16. Moll. 4. *Sem.* 1. *n.* 12.

Ad L. A Divo Pio. 15.

Ulpianus Libro III. de officio consulis.

SUMMARIUM.

1. *Tractandarum rerum partitio et ordo.*

1 QUod sæpe iam dictum est, iudicatus pecuniam solvere iubetur: nisi solvat, iudicati actio in eum constituta est, qua in hoc agitur, ut iudex actionis pignoribus captis et distractis iudicatum exequatur. L. 4. §. 1. *sup. eod. L.* 2. 3. *et ult. C. de exe. rei. iud.* De hac executione tractatur hoc loco. Continet autem disputatio Ulpiani quatuor capita. Primum, qui sententiam exequi possint, aut non possint. Hoc *in princ.* §. 1. Secundum, quæ sit forma executionis, hoc in §. *in venditione*, *et* §. *sic quoque.* Tertio, quæ res in venditione pignorum incidere soleant, quæ venditionem et executionem remorentur: et in his quod sit officium iudicis rei iudicatæ. Hoc in §. *si pignora*, *et duobus seqq.* Postremum quibus peractis rebus finiatur executio, et cessent partes iudicis, qui sententiam exequitur. Hoc in §. *si poss. et* §§. *seqq.*

Ad Principium.

A Divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicium a se datorum, vel arbitrorum sententiam exequantur ii, qui eos dederunt.

SUMMARIA.

1. *Arbitrorum datorum sententiæ eandem iudicati vim habent, ac quæ proferuntur a magistratu.*
2. *Arbitrorum nomine qui veniant hoc loco.*
3. *Sententias tamen suas exequendi potestatem non habent arbitri seu iudices dati et quare.*
4. *Nisi iudex sit datus a principe.*
5. *Solos magistratus exequi sententiam posse aut suam aut iudicum a se datorum.*

HIC proponitur rescriptum, ex quo intelligi potest, qui possint sententiam exequi, qui non possint. Quatuor autem continet. Nam primum † cum iubet ut sint, qui iudicum datorum vel arbitrorum sententiam exequantur, declarat iudicum, aut arbitrorum datorum sententias non minus vim iudicati habere, quam cuiusvis magistratus, quod et indicatur in *L. ait. sup.* Non enim arbitros † hic intelligere debemus arbitros ex compromisso sumptos, quorum sententiam certum est auctoritatem iudicati non habere. *L.* 1. *C. de rec. arb.* quod et verba rescripti satis probant, cum arbitri hic nominantur, qui a magistratu dati sunt. Arbitros namque compromissarios nemo dat; sed ipsi sua sponte cognitionem suscipiunt. Arbitri hic dicuntur ex usu veterum, iudices bonæ fidei iudicio addicti: qui inde sic appellantur, quod in his iudiciis libera potestas iudici detur arbitrandi, æstimandique, quid alterum ex litigatoribus alteri ex æquo et bono præstare oporteat. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Sic arbiter nominatur in *L. pro socio*, *D. pro soc. L. ut fundus*, *D. com. divid.* ut unum aut alterum locum indicem ex innumeris, quos si quis requiret, suppeditabit Brissonius in lexico. Deinde cum rescriptum iubet, ut † alii sententiam exequantur, quam 3 iudices dati: declarat iudicum datorum sententias ita valere, ut tamen [1] ipsi eas exequi non possint. Quod quidem fuit iuris certi. Con-

1) Quia potestas iudicis dati sententia prolata finitur, et officio suo is functus est, *L. iudex* 55. *h. t. et simil.* Adi Paurm. *Lib.* 1. *de Iurisd. d. Cap.* 27. *n.* 44. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd. Cap.* 16. *n.* 37. *et* Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 24. *p.* 324. *et seqq.* qui argumenta contra sententium refellit, ubi vide. Dissentit post alios P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 16. putans eam solum exsecutionem, quæ fit manu militari, non concedi iudici, sed fieri per Ordinarium habentem notionem caussarum meri imperii. De iudice ad exsequendum dato, seu delegato cui exsecutio commissa, vid. Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 31. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 2. §. 3.

Constat enim hos iurisdictionem non habere; sed notionem duntaxat, ut diximus ad *L. 5. sup.* Est autem hoc iurisdictionis sententiam suam exequi: quod et ibidem attigimus.
4 tigimus. Hoc loco nobis † excipiendus est [2] iudex a principe datus, de quo etsi nihil aperte in libris nostris scriptum est: tamen non dubia argumenta mihi esse videntur, quibus efficitur, hunc sententiam suam exequi posse, neque necesse esse rem ad Principem referri. Primum eum iudicem in ea caussa, in qua datus est, iurisdictionem habere argumento est, quod iudicem in ea caussa dare potest. *L. a iudice*, *D. de iudic.* Hoc enim iurisdictionis est iudicem dare, idest, eius solum, qui habeat iurisdictionem. *L. 3. in fin. D. de iurisd.* Nulla autem iurisdictio sine potestate coercendi et exequendi, ut *Lib. 17.* docuimus. Tum autem hic locus ostendit, eum qui iudicem dare potest, ut qui a principe datus est iudicis a se dati sententiam exequi posse, et debere. Si potest alienam sententiam, multo magis poterit suam. Verumtamen ne magnopere laboremus, hæc sententia confirmata est iure Pontificio in *C. pastoralis*, *et C. postulasti*, *extr. de off. et pot. iud. del.* Iam cum addit rescriptum, eos, qui iudices dederunt, sententiam exequi debere, satis, † indicat solos magistratus sententiam 5
suam vel alienam exequi posse. Solus enim iudicem dare potest, qui magistratus est, aut eius iure fungitur. *L. eum qui*, *D. de iurisd.* L. *cum prætor*, *D. de iud.* Postremo iisdem verbis declaratur id, de quo fortasse solo dubitatio fuit, non quosvis magistratus sententiam posse exequi: sed eos solum, qui aut ipsi iudicaverunt, aut qui iudices dederunt, illos quidem suam: hos vero iudicum a se datorum sententiam: unde intelligitur eos magistratus, qui neque iudicaverunt, neque in ea caussa, de qua agitur, dederunt iudicem, etiam iudicatum exequi non posse. Quod interdum secus est, quod in §. *sequenti* subiicitur.

2) Quod confirmat Cuiac. 21. *Observ.* 1. quia executores et apparitores proprios habet, *Constit. Zenonis ex Basil. restituta. L. penult. Cod. de fruct. et lit. expens. et* Scip. Gentil. *d. Cap.* 24. *pag.* 327. *et seq.* Dissentit. Duar. *ad L.* 15. *pr. h. tit.* Menoch. 1. *Arbitr. Quæst.* 74. *n.* 49. *et seqq.* Qui et *d. Q.* 74. de alterius delegati executione tractat.

Ad §. Sententiam

Sententiam Romæ dictam, etiam in provinciis posse per præsides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi, Imperator noster cum patre suo rescripsit.

SUMMARIA.

1. *Interdum tamen Magistratus sententiam alienam exequi debet, iussus a principe.*
2. *Sententiam alienam exequi Magistratus iubetur, cum alius suam sententiam aut iudicis a se dati exequi per se non potest.*
3. *Et Quando hanc exequi non possit.*

1 INterdum, inquam, † magistratus, quamvis nec iudicaverunt, nec iudicem dederunt, alienam sententiam exequi possunt. Hoc enim est, quod hic dicitur, sententiam Romæ dictam, puta a magistratu urbano, ut Prætore, aut a iudicibus ab eo datis, posse præsides, nempe magistratus provinciales in provinciis ad finem persequi. Sed hac conditione, si præsides iussi fuerint. A quo vero iubebuntur? Utique non a magistratu, qui sententiam dixit, aut iudicem dedit. Nam superiores magistratus, aut pari imperio qui sunt, cogi non possunt. *L. 4. D. de recept. L. ille a quo*, §. *intempestivum*, *D. ad Treb.* Quid, quod magistratus extra territorium ne in privatum quidem imperium habet. *L. ult. D. de iurisd.* quanto minus in eum, qui aliqua potestate præditus est? Non me movet, quod in *auth. si vero*, *C. de adul.* cautum est magistratum acceptis ab alio magistratu literis debere reum, qui in sua provincia sit, prehendendum curare, et mittere in eum locum ubi deliquit, et in quem revocatur. Nam ut omittam, quod de crimine id cautum est, cuius executio et vindicta ad publicam omnium utilitatem pertineat: illud in primis animadvertendum est, non magistratum, qui de crimine cognoscit, iubere alii magistratui, ut reum prehendat, aut prehensum præmittat: sed Iustinianum ipsum esse, qui constitutione

ne sua hoc iubeat, quorum nihil simile in proposita specie. Ergo [3] ut alius magistratus sententiam exequi iubeatur, impetrabitur a
2 principe. Semperne † vero alius magistratus iuberi potest, ut sententiam ab alio dictam exequatur? Minime, sed ita demum, si is, qui iudicavit, aut iudicem dedit, sententiam ipse exequi non possit: idest, si sit necesse alium sententiam exequi. Quandiu enim sententiam exequi potest is, qui dedit iudicem, locus est superiori rescripto, quo cautum est, ut ii exequantur, qui eos dederunt. Tunc autem † magistratus, qui iudicem dedit, sen- 3
tentiam exequi non potest, cum iudicati bona in alieno territorio sita sunt: frustra extra territorium, ut *L. argentarium*, §. 1. *D. de iud.* quidquam iubet magistratus. Proinde et illud frustra, ut pignora in alieno territorio capiantur, aut distrahantur, *d. L. ult. D. de iurisd. L. eum unus*, §. *pen. D. de reb. auct. iud. pos.*

3) Ita Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 323. Goth. *ad d. L.* 15. §. 1. Aliter Duar. *ibid.* qui de litteris rogatoriis accipit, missis ad Magistratum alterius ditionis ut exsequatur, vocant litteras mutui compassus et subsidiales, vid. Rutg. Rulant. *de Invocat. utriusque brachii Cap.* 5. Goth. *de loc.* Modest. Pistor. *Part.* 1. *Q.* 12. Leonin. 5. *Emend.* 21. Myns. 3. *Observ.* 68. Quam petitionem a maiori aut æquali potestate in exsequendis in aliena ditione sententiis antiqui moris exempli esse docet Bodin. *d. loc.* Quomodo laicus requisitus teneatur sententiam ecclesiastici iudicis exsecutioni mandare; et vicissim hic illius, vid. Gail. 1. *Observ.* 115. Rulant. *d. Tr. de Invocat. utriusque brachii.*

Ad §. In venditione.

In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res mobiles, et animalia capi pignori iubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est: si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent, et distrahi. Quod si nulla moventia sint: a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique iudices interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quod si nec quæ soli sunt, sufficiant: vel nulla sint pignora soli: tunc pervenietur etiam ad iura. Exequuntur itaque rem iudicatam præsides isto modo.

SUMMARIA.

1. *Ordo executionis.*
2. I. *Iussu magistratus res iudicati capiuntur, et pignori sunt adversario* et n. 6.
3. *Hanc pignerandi rationem, genus esse prætorii pignoris.*
4. *Contraria sententia revincitur.*
5. *Pignus non fieri iudiciale seu prætorium nisi captum sit, et hoc prætoris iussu.* et n. 2. et 4.
7. II. *Res in caussam iudicati captas distrahi ut ex pretio creditori satisfiat.*
8. *Distrahi tamen post legitimum duorum mensium intervallum.*
9. *Item per officium Magistratus sub hasta.*
10. *In capione pignorum qui ordo servetur, et quam utrique partium sit utilis* et n. 12.
11 *Hoc idem ordo nec postulante creditore perverti potest a Magistratu cum incommodo debitoris.*
13. *An ordinem supra constitutum intervertere liceat creditore instante si non noceat debitori.*
14. *An hæc præsidis interlocutio: si moventia non sunt, ut soli quoque capiantur, conditionem habeat quæ eam infirmet.*

1 Hic † traditur [4] forma et ordo executionis. Huius partes sigillatim exequar. Principio [5] res † iudicati magistratus pignori capi iubent, idest, capi res, quæ captæ pi-

4) Copiosi in prioribus libris fuimus, ideo in his ita non licet. De hac exsecutionis materia, maxime de ordine eiusdem consuli possunt Rebuff. *in Constit. Reg. Tract. de sentent. exsecutor.* Aut. Sola *in Constit. antiq. Sabaud. Rubr. de sent. exsecut.* Roderic. Suarez. *in Lectura L. post rem iudicatam* 56. *h. t.* Ioan. Bapt. Asin. *tr. de Exsec.* (licet hic pleraque aliena tractet) Matth. Coler. *Tr. de Process. exsec.* maxime. *P.* 3. *C.* 8. *et* 9. (ubi de forma procedendi super remediis exsecutionis affectuque ac utilitate) Parlador. *lib.* 2. *Rer. quotid. C. fin. Part.* 2. *et seq.* Maranta *Speculi Parte* 6. *Act. ult. et Disp.* 1. Monach. *Process. Parte* 18. Vestr. *Lib.* 8. *Pract. aulæ Rom. C. ult.* Asin. *Praxi iudic.* §. 31. Quibus addi possunt sparsim Menoch. 1. *Arb. Q.* 38. *et* 74. *et* 98. *et* 2. *Arb. Cap.* 378. P. Frid. *Lib.* 2. *de Mand. iud. C.* 58. *et seqq.* Gœd. *in Clem. un. de Sequestrat. n.* 13. *et seqq.* Blarer in *L. diffamari. C.* 11. Mathesil. *in Sing.* 59. 86. 136. *et ad tit. Cod. de exsec. rei iud.* Bover. *Sing.* 70. Guid. Pap. *Sing.* 69. Marsil. *Sing.* 138. Mynsing. 3. *Observ.* 68. *et seq. et Observ.* 73. *ac* 4. *Obs.* 96. Wurms. *Observ. t.* 23. *et* Hart. Hartm. *T.* 20. Coler. *Decis.* 134. *et Cons.* 1. *n.* 284. *et seqq. et Cons.* 2. *tot.* Schurf. *Cent.* 1. *Cons.* 19. Guid. Pap. *Decis.* 26. *et* 181. Affl. *Decis.* 358. 362. 373. *et* 380. Peguer. *Dec.* 182. *et* 184.

5) De hac pignorum captione præter alios pulcre Parlador.

pignori sunt adversario. *L.* 1. *et* 2. *C. si*
3 *in caussa iud.* Hoc genus † prætorii pi-
gnoris speciem esse scripsimus in commen-
tario de pignoribus, *Titulo de pignore præ-
torio.* Quod si verum est, cum ad natu-
ram huius generis exprimendam in primis per-
tineat, vel præcipue hoc loco tenendum est.
Id enim valet, pignus hoc tale esse, quod
quamvis capi iussum, non tamen constitua-
tur, nisi captum sit, idque non cuiusvis iu-
dicis iussu: sed prætoris tantum, seu magi-
stratus. Ego vero in ea nunc permaneo sententia,
nec abs re. Nam cum Iustinianus in *L. ult. C. de
præt. pig.* duo tantum faciat genera pignoris,
prætorium et coventionale, profecto aut hoc de
quo agimus, non est pignus aut est prætorium.
Nam conventionale non esse, nemo, ambiget.
Est autem pignus, prætorium igitur. Quidni vero
prætorium recte vocetur, quod proficiscitur
a mero officio et iussu prætoris, idest magistra-
tus; uti et stipulatio dicitur prætoria, quæ a
vero officio prætoris proficiscitur? *L.* 5. *D.
de verb. obl.* Non enim hoc genus pignoris
capitur iussu iudicis, nisi sit et idem ma-
gistratus: si modo verum est, quod in prin-
cipio huius capitis indicatur, solos magistra-
tus, aut qui horum vice funguntur, senten-
4 tiam exequi posse. Sunt autem, † qui hic a
nobis dissentiant. At quamobrem? Silicet quia
prætorium pignus dicitur, cum quis mittitur
in possessionem bonorum a magistratu. Qua-
si vero quidquam prohibeat prætorii pignoris
plures esse species: nempe id pignus, quod
missio in possessionem constituit, et id quod
capitur in caussam iudicati aut quasi efficia-
tur, quia prius illud prætorium est, ideo hoc
iudiciale posterius, prætorium non esse. Ego
vero prius prætorium esse agnosco; sed non
solum, quod vel hinc liquet, quod Iustinia-
nus in *L.* 1. *C. de præt. pig.* pignus præ-
torium dari posse ostendit tam super rebus
mobilibus, et se moventibus, quam super
immobilibus. Plus quam autem notum est,
in possessionem mobilium nos non mitti, sed
immobilium. *L.* 3. *in fin. D. de acq. poss.*
At pignus prætorium ex eo dictum est, quod
constituitur iure prætorio, idest edicto præ-
toris; hoc autem, quod capitur in caussam
iudicati edicto prætoris non constituitur. Utrun-
que falsum est. Nam primum non dici præ-
torium ex eo, quod constituatur edicto præ-
toris, argumento esse potest pignus conventio-
nale, quod etsi sine voluntate contrahentium
non constituitur: non valet tamen, nec con-
stituitur, nisi edicto et iure prætorio. *De pi-*

gnore, inquit Paulus *iure honorario nascitur
actio.* L. si tibi §. *ult. D. de pact.* Nemo au-
tem nescit pignus conventionale non esse præ-
torium. Cum autem etsi prætorium inde dictum
esse fateremur: tamen vel hoc ipso et iudi-
ciale hoc, de quo agimus, prætorium esse
vinceremus. Fuit enim edictum, quo prætor
pollicebatur iudicati actionem in hoc, ut iu-
dicatus pecuniam solveret, aut pignora iussu
magistratus in eam caussam caperentur, et
distraherentur, ut diximus *L.* 4. §. 1. *L. mi-
les*, §. *pen. et ult. supr.* Neque vero eo
minus hæc pignora constituuntur edicto præ-
toris, quia dicuntur capi extra ordinem in *L.
si pignora D. de evict.* Nam et cum manu
inducitur quis in possessionem a magistratu,
extra ordinem iudici dicitur in L. 3. *D. ne
vis fiat ei, qui in pos. mis. est*, quod tamen
genus pignorum istorum ipsorum definitione
est prætorium. Differunt inter se pignus id,
quod quis missus in possessionem nanciscitur,
et id quod capitur in caussam iudicati. Non
nego; sed nihilominus utrunque est præto-
rium, quod pariter non nisi iussu et imperio
prætoris capitur et constituitur. Sed de ver-
bo non est laborandum: dummodo † constet 5
iudiciale, non alio modo constitui, quam si
captum sit: nec cuiusvis iussu capi et occu-
pari posse, sed prætoris tantum et magistra-
tus, quod hic quæritur. Illuc redeo: in † 6
ordine executionis primum hoc esse, quod
magistratus iussu capiuntur res iudicati, quæ
sint pignori victori. Sic enim capiuntur hæ
res ab officio magistratus, qui illas capi iu-
bet, ut sive tradantur victori, sive asserven-
tur ab officio, sive, quod est usitatum, apud
sequestrem deponantur; pignoris tamen nexus
omni modo victori acquiratur: utpote cuius
nomine pignus occupatum est. Unde et pi-
gnus in caussam iudicati captum a victore
ipso occupari dicitur in *L.* 2. *L. qui pot. in
pig. hab.* Est dicitur per officium eius qui
ut caperetur, decrevit venundari solere, non
per eum, qui iudicatum fieri postulavit. *L.*
2. *C. si in caus. iud. pig. cap. sit.* Inde et
possidenti illi earum rerum, quæ ita captæ
sunt retentio; et rebus amissis, earum perse-
cutio datur, ut quibuslibet aliis creditoribus.
L. ult. C. de præt. pig.

Rebus captis hoc sequitur, in executione[a],
ut captæ † distrahantur, ut ex pretio rerum 7
venditarum creditori pecunia solvatur, quam
illi solvi prætor iubet. Ergo deinde distrahi
magistratus iubent. *Res capi pignori iubent*,
inquit Ulpianus, *mox distrahi. Mox* ita † intelli- 8
gen-

a. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 5. §. 3. Quid iure Sax. serve-
tur, Vid. *Novell. Elect.* 32. *P.* 1. *ibique* Moller. Col. *de
Process. P.* 3. *Cap.* 9. *n.* 28. *et seqq.* Auctores *diff. iur.
civil. et. Sax. P.* 1. *Diff.* 45.

gendum est, simul atque per tempus constitutum licet. Nam aliquod intervallum iure civili intercedere oportuit inter pignorum captionem et distractionem, ut significatur in *L. cum properas*, *C. de bo. auct. iud. poss.* Aperte autem in hoc genere pignorum duo menses designantur in *L. debitoribus*, 31. *eod.* In his distrahendis, quæ sit forma iuris, ex aliis locis animadvertendum est: non enim hic idem servatur, quod in pignoribus conventionalibus. Nam pignus quidem conventionale creditor iure suo per se vendit, et traditum ex ea caussa in accipientem transfert. *L. non est novum*, *D. de acq. rer. dom. L. si cessante*, *C. de distr. pig.* Pignus autem
9 in † caussam iudicati captum non per creditorem distrahitur, ut paulo ante dixi, sed per [6] officium magistratus, qui capi iussit. *L. 2. C. si in cau. iud.* per officium, idest, per apparitores magistratus sententiam exequentes: quibus verbis hanc executionem Ulpianus expressit in *L. si pignora*, *D. de evict.* Distrahuntur præterea res publice [7] sub hasta, ut indicat *L. 3. C. de exec. rei iud.* idest, eo loco, ubi de more res publice venum exponi solent, et pluris licitantibus addici.

Atque hæ duæ partes summæ sunt executionis, earumque hic ordo, et forma, quam dixi: sed quarum in singulis hoc etiam spe-
10 ctetur, quo † ordine res quæque capiantur pignori et distrahantur, quod præcipue hic docet Ulpianus. Ergo quæ res capiuntur et distrahuntur in caussam iudicati, non promiscue capiuntur, ut quæque res primo occurrit; sed in his capiendis certus hic ordo servatur. Primum iubentur capi res mobiles et in his primum animales. Si autem hæ nullæ sint, aut distractæ non sufficiant, [8] pervenitur ad iura, idest ad nomina, de quibus plenius dicit in §. *sic quoque*, *infr. ead. L.* Quæ cum omnia observentur in executione, non abs re esse apparet, cur nominetur ab eodem in hac re ordo executionis in *L. 4. §. si ex conventione*, *supr. eod.* Quæsitum
scio, † num hunc ordinem magistratui con- 11
temnere liceat, saltem postulante creditore, et unde commodum creditori videbitur, inde initium capiendi et distrahendi facere. Quod [9] quibusdam videtur, quasi totum hoc quod pertinet eo ut creditor suum consequatur, videri debeat ipsius creditoris caussa constitutum, ut eo utatur, si velit: si nolit, non sit adversus eum observandum. *L. nulla*, *D. de legib. L. quod favore. C. eod.* Sed perspicuum est ex hoc loco, ita esse hunc ordinem constitutum, ut eum magistratui nec postulante creditore [10] pervertere liceat. Ait enim Ulpianus, a pignoribus soli initium faciendum non esse. Proinde si iudex executionis, sive executor contra hunc ordinem faciet, iure ab eo appellabitur. *L. ab executione*, *C. quor. ap. non rec.* Est vero
id non † sine manifesta utilitatis ratione com- 12
paratum. Nam cum debitori expedit, hunc ordinem servari: tum vero ita creditori is ordo non nocet, ut in rem quoque eius non minus esse videatur. Res mobiles primo loco capiuntur, nec nisi his non inventis pervenitur ad res soli. Est hoc quidem sine ulla dubitatione in rem debitoris id ita fieri, cui [11] mobilium rerum distractio minus damnosa est, quam prædiorum. Nam nec prædia semel alienata facire licet recuperare, ubi emptor ea a se dimittere non vult, aut nobis pecunia non suppetit ad ea redimenda: nec alia eiusdem ge-

ne-

6) Vid. Phil. Broidæ, *in Suppl. hist. fori* Polletti *Lib.* 5. *Cap.* 13. Exsequendi iudicati caussa erant in officio præfecti prætorio. qui *ταξιῶται* apparitores cornicularii. *L.* 2. *C. de prox. scrin.* Ioach. Steph. 3. *de Iurisdict. Iudæ. Græc. etc. n.* 14. De litteris exsecutorialibus quæ in Camera decernuntur, Vid. Gail. 1. *Observ.* 113. Myns. 6. *Observ.* 24.

7) De subhastationibus plures auctores citavimus *supra Lib.* 23. *Civil. Comment. Cap.* 13. *N.* 1.

8) In nominibus quando exsecutio fieri possit, Vid. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Part.* 5. §. 3. *n.* 43. *et seq.* Coler. *de Process. exsec. Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 461. *et seqq. et P.* 3. *C.* 8. *n.* 35. Nomina quando pro mobilibus vel immobilibus. *Idem P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 237. *et seq.*

9) Ita Duar. *ad d. L.* 15. §. 2. Et sane posse a rebus soli initium fieri, ac favore creditoris hoc inductum esse, ut facilius suum consequatur, statuit quoque Col. *P.* 3. *C.* 9. *n.* 28. *et seq.* (etsi non hoc inde inferat, nec ordinis inversionem concedat, ut *N. seq.*) quia si utilitas debitoris spectaretur, potius, arguit, nomina caperentur, quam res soli, cum has præ illis retinere expediat, qui et ordo in bonis minorum vendendis, *L.* 5. §, 9. *de rebus eor. qui sub tut.* Quin ideo initium fit a mobilibus, quia id utile creditori, cum citius et facilius distrahantur.

10) Quin cum ordo hic pro forma traditus sit, eius perversione ac præposteratione ob omissam solemnitatem a iure vitiari Processum, et nullam esse exsecutionem DD. communiter teste Coler. *P.* 3. *C.* 9. *n.* 17. Sed contrariam tamen quod ipso iure valeat, sed appellari possit, communem vocat et sequitur Io. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 131. quod non ex necessitate sed debitoris favore ita statutum sit. Et hanc communem esse agnoscit, etsi contrariam probet Parlad. *supr. d.* §. 3. *n.* 4. *et* 2. *et seqq.* Add. Asin. *Praxi* §. 31. *C.* 6. *et* Trentac. cui media sententia 2. *Pract. Resolut. tit. de Expens. Resol.* 2.

11) Inter immobilia quoque plura diversarum specierum a minimis exordiendum volunt, quarum ademptio minus gravis debitori, Damhud. *Praxi civ. C.* 258. *n.* 6. post glos. *in d. L.* 15. §. 2. *v. animales* et alios Arg. *L.* 1. §. 20. *de vent. in poss. mitt.* Sed Duar. ibid. putat capi posse ea quæ commodiora visa pro exsecutione, ut promptius expediatur, arg. *Nov.* 4. *C.* 3. cum et reo imputetur, quod non ipse ea quibus libentius carere vult, distrahit. Ne tamen res magni pretii pro exiguo debito distrahatur. Civiliter enim hæc accipienda, Arg. *L.* 9. *de servit.* Duar. *d. loc.* Cui convenit Col. *d. P.* 3. *C.* 9. *n.* 23. *et seqq.* Neque enim id omissurus IC. si circa hæc distinctio esset. Et ita quoque in bonis soli, si desint res mobiles, creditori optionem dari, in quæ mitti velit, itaque usu servari testatur Idem *d. C.* 9. *n.* 33.

neris, aut eadem commoditate facile reperire possumus, cum rebus mobilibus distractis non difficile sit alias reperire, quas emere possumus, et eiusdem generis, et quæ eundem usum præbent. At idem servari non minus utile est creditori. Nam cum sint res mobiles minoris pretii, et ad usum quotidianum magis necessariæ: facilius emptorem reperire possunt, quo citius etiam creditor his distrahendis ad suum pervenire potest. In mobilibus [12] primum capiuntur et distrahuntur res animales: scilicet quia cum eas ali necesse sit, maiore impendio asservantur, eoque et incommodo utriusque maiore. Extremo tandem pervenitur ad nomina. Hoc vero vel præcipue creditori expedit: cui persecutio nominum et gravis et damnosa est, quia in his persequendis cogitur iis molestus esse, quibus non vult, et quibus cum nihil ei negotii est. Damnosa, si debitores quibuscum agit, non solvunt, res longe abibit: nam primum sententia adversus eos accipienda erit: deinde iterum res iudicata adversus eos executioni mandanda. L. 1. *C. de exec. rei iud.* Quis non videt igitur hunc ordinem summa ratione esse institutum, eoque non temere quamvis postulante creditore, perverti oportere? At enim dixerit aliquis; fit hoc modo creditori iniuria. Si enim non potest perveniri ad prædia, nisi tunc cum nullæ erunt res mobiles: si non potest perveniri ad nomina, nisi tunc cum nullæ res erunt in bonis debitoris; nempe istarum rerum omnium perquisitio erit illi necessaria, res illis in primis et molesta et damnosa. Sed nulla hic perquisitio metuenda est creditori, nulla molestia. Venietur enim ad debitorem, [13] postulabitur ab eo, ut res mobiles det in caussam iudicati. Si dat, bene est: si negat apud se esse, iam tuto prædia pignori capientur sine ullo labore creditoris. Sive enim non habet, iuris ordini satisfactum est: sive habet, est æquissimum ei mendacium suum nocere. Arg. in *L. 4. D. quod cum eo.* Huc accedit, quod si perversus ordo ille non nocet, non habet, quod quæratur: si nocet, perinde habendum est, quasi non noceret: cum ipsius culpa, aut potius dolo acciderit, ut primum prædia caperentur. *L. quod quis ex sua, D. de reg. iur.* Quid Si † creditori 13
expediat pervertere ordinem constitutum, idque non noceat debitori? Utputa, debitor aliquis condemnati reperitur, qui paratus est actori solvere, si condemnatus velit. An audiendus est creditor, si huius nomen pignori capiat primo loco? Non dubito, quin sit audiendus. Malitiose enim recusat debitor quod factum illi non nocet. Arg. *L. in fundo, D. de rei vind.* Et in summa ita recte statuetur, ordinem hoc loco præstitutum; si non noceat, unius utilitatem, quæ cum alterius detrimento coniuncta sit, non esse impediendam. Supra scripta omnia † sunt iubente ita, 14
et interloquente præside. Sic enim scribit Ulpianus: *Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur.* In quibus verbis a nonnullis dubitari solet, num videatur magistratus satis recte ita interloqui: nam sententia sub conditione fieri non debet. *L. 1. §. biduum, D. quando appell. sit.* Sed neque in hoc iussu præsidum est sententia, qualem intelligi volumus, cum dicimus sententiam sub conditione fieri non debere: de quo verbo initio huius tituli dictum est. Et si esset sententia: tamen nulla hic est conditio. Non enim est conditio, quæ etsi adiecta non esset, inesset tamen. *L. conditiones extrinsecus, D. de cond. et demon.* Et ideo cum tutor sub conditione non recte detur: tamen si datus sit, hoc modo si satisdederis, tutor esto, recte datus est, *L. muto, §. 1. D. de tutel.* quandoquidem etsi hæc conditio adiecta non esset a magistratu: tamen non aliter tutor esset, quam si satisdedisset. Tit. *C. de tut. qui non satisd.* Id ipsum vero et his accidit. Nam etsi executor iubeatur simpliciter pignora capere: non tamen alio ordine potest, quam qui hoc loco est constitutus. Non est igitur metuendum, ne superior interlocutio de prædiis capiendis contra formam iuris, eoque non satis tuta esse videatur.

Ad §.

12) Immo cum *d.* §. 2. habeatur: *res mobiles animales* ex ordine verborum colligunt, prius alias res capiendas esse quam ad animalia et moventia veniatur, præsertim cum et publice intersit, oves, vaccas, equos etc. quæ vel ad subactionem vel stercorationem agrorum aluntur, fundis non subtrahi, Vid. *Coler. dict. C.* 9. *n.* 34. *et seqq.* qui veriorem opinionem eam dicit, quæ et usu iudiciorum nostrorum probata, ut pro creditoris libitu designentur res mobiles capiendæ, ut tam ab animantibus quam frumento et aliis inchoari possit. Vestes tamen et suppellex usus quotidiani capi non debent, quandiu alia adsunt Maranta *Par.* 6. *tit. de Exsecution. n.* 30. (volens his omissis ad res soli veniendum esse) Asin. *Praxi* § 31. *Limitat.* 32.

13) Vid. Coler. *dict. C.* 9. *n.* 38. *et seq.* ubi quærit, an iussus aperire seras et ferramenta receptaculorum vel citrarum nolens, carceri ob id includi possit? Quod negat, si res soli adsint. In re feudali an et quomodo fiat executio, *Gail.* 1. *Observ.* 117.

Ad §. Si pignora.

Si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant: rescriptum est ab Imperatore nostro, et divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est: addicantur autem utique ea quantitate: quæ debetur. Nam et si creditor maluerit pignora in creditum possidere, hisque esse contentus: rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere: quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere: nec posse eum, in quantitatem certam pignora tenere, et superfluum petere.

S U M M A R I A.

1. *Si pignora emptorem non inveniant, creditorem posse sibi impetrare a principe illorum dominium.*
2. *Vel postulare, si hoc mavult; ut ea sibi addicantur a magistratu.*
3. *Non alia tamen lege quam ut illa habeat pro ea quantitate quæ debetur. Hoc quale sit exponitur.*
4. *Et contra illos qui aliter sentiunt, defenditur et propugnatur.*
5. *Contraria removentur.*

In iudicati executione pleraque incidunt, quæ eam executionem impediant, nisi occurratur. Eo utile est adversus hæc impedimenta nos præmuniri, quod hic et sequentibus aliquot §§. factum est. Inprimis occurrit illud, si pignora, quæ capta sunt, emptorem non inveniant. Recte, si non inveniant. Nam si his venum expositis inveniatur, qui ea emat, certum est quid hic fiat. Res nimirum emptori addicitur, eamque rem tanti ille emptam habet, quanti vendita est, non pluris. Lex hæc est venditionis et emptionis. Et quoniam [14] ad eandem licitationem creditor admittitur: fit ut ipse si emat, eadem conditione, qua alius quivis, rem emptam habeat. *L. 2. C. si in caus. iud.* Quid ergo, inquam, si † pigno- 1
ra quæ capta sunt emptorem non inveniant, ut neque ipse creditor qui vicit, liceatur, neque alius: quomodo creditori consuletur? Nempe hoc [15] restat, si ei consultum esse volumus, ut sine emptione saltem dominium rei

14) Vid. *Not. supr. Lib.* 23. *Comment. Civil. C.* 14. *N.* 4. Ant. Fabr. 56. *Err. pragm.* 2. ubi non apte ab Accursio *ad L.* 15. §. 3. *h. t.* inter remedia referri, quæ emptore deficiente suppetant. Nam hic perinde est, ac si emptor inveniretur. Sed et hic petitio residui, in eo quod deest, integra manet, Coler. *Part.* 3. *C.* 9. *n.* 67. Ant. Fab. 56. *Err.* 2. *prag.*

15) Sed Ant. Fab. 56. *Err. prag.* 7. differre statuit addictionem dominii pignorum, *dict. L. ult. C. si in ca. iud.* et iuris dominii impetrationem *d. tit. C. de iur. dom.* nec confundi debere. Conveniunt, ait, duo. Acquisitio dominii, et auctoritas Principis. Differentiæ hæ. Addicit creditori Magistratus ex Principis auctoritate, *d. L. ult.* Impetrat ius dominii creditor non a Migistratu, sed a Principe: In illa ambages nullæ; quippe cui nec locus, nisi mora antea facta solutioni et venditioni. Hæc per longos circuitus expeditur. Effectus utriusque idem quod utroque dominium tribuitur; origo vero et caussa diversa. Illius enim caussa necessitas iudicati exsequendi: nam cum exsecutio non nisi distractione pignorum captorum expediri queat ubi nullus emptor reperitur, ad hoc extremum remedium venitur. Neque etiam alteri isti remedio impetrationis in iudicati caussa locus est, nec si a Principe petere victor velit: quia prius est, ut pignus habeat, quam ut dominium eius impetret. Ast creditor non habet pignora capta in caussam iudicati, quia non illi, sed Magistratui dantur, qui exsequitur. Dicuntur enim capi, non a creditore, qui capiendo vim faceret, sed a Magistratu. In solo itaque conventionali pignore impetratio illa dominii conceditur, de qua *d. t. C. de iur. dom.* qui Titulus et de eo solo loquitur. Ita Faber. Quod sententiæ Donelli repugnat. Et inanis immo hæc subtilizatio. Non creditor, sed Magistratus capit hæc pignora. Ergo creditor illa non habet. Immo ad hoc capiuntur, ut hic habeat. Quippe cum quodvis pignoris ius sit accessio principalis obligationis, non potest alii acquiri, quam cui obligatus est debitor etc. Et immo missum ex caussa iudicati pignora capta vere possidere naturaliter ac civiliter, cum et usucapere possit, per *L.* 15. §. 4. *h. t. ut infr. N.* 24. post Bart. et alios Coler. *Part.* 1. *Cap.* 2. *n.* 45. Cæterum et quod Accursius *ad L.* 15. §. 3. *h. t.* quadruplici remedio hic succurri victori: (1) ut ex pignorum retentorum fructibus sibi solvat. (2) Ut in solutum accipiat *L.* 4. *C. de evict.* 3. ut ipse licitetur, et ut impetret ius dominii, operose impugnat A. Fab. 56. *Err. prag.* 1. *et seqq.* volens unum et solum remedium esse addictionis ut in possessionem missis res illas sibi possidere iubeatur, *dict. L.* 15. §. 3. *h. t. L.* 3. *Cod. de exsec. rei iud. L.* 3. *Cod. si in causs. iud. pignus.* Et quidem Accursii prius remedium ita profligari censet Faber *dict. Err.* 1. Pignora ex caussa iudicati non capiuntur nisi ut distrahantur, nec nisi ex necessitate, cum bona condemnati in solutum addici, utroque vel altero invito, ratio recta non sinat. Melius igitur res expediri nequit quam per distractionem. Prius autem oportet obligari ea quam distrahi. Obligatio hæc non ex sententia, quia actio iudicati non habet privilegium taciti pignoris *L.* 8. *Cod. de reb. creditis*, sed ex capione, finem habens, non cautionem, ut conventionale pignus, sed exsecutionem et sententiæ paritionem. Hinc initium eius a magistratu, nec alius finis quam ut pretio inde redacto, quod in pecunia debetur,

rei ei addicatur. Et quidem eum, si velit, ius dominii a principe impetrare posse constat. *L. ult. C. si in caus. iud. L. 1. et tot. tit. C. de iure dom. impetr.* quo impetrato id consequitur quod sine damno fiat tam debitoris, quam creditoris. Nam si res addictæ pluris valeant, quam debetur, creditor id reddit, si minoris, in id quod amplius est, manet creditori actio integra *L. ult. §. sin autem in corpore, et §. sed siquidem, C. de iure dom. impetr.* Sed via longa est ex constitutionibus qua ad hoc ius perveniatur, de qua in *d. L. ult. C. de iur. dom. impetr.* ut semper non satis expediat creditori hanc exequi. Hinc ergo
2 † quæsitum, si creditor pignoribus emptorem non invenientibus [16] postulet, ea statim sibi addici a magistratu, an impetrare debeat. Quæ una huius loci quæstio est: ac de ea hoc loco statui mihi videtur, ad hanc sententiam: non debere creditorem id impetrare, nisi postulet pignus sibi in creditum possidere licere. Cæterum id postulanti potestatem ita faciendam esse possidendi. Hoc autem impetrato oportere ipsum pignore contentum esse, nec posse, si pignus in pecuniam debitam non sufficiat, quod amplius est, petere: quasi pignus hac lege acceperit, ac de debito ita transegerit. Quod an recte hic statui interpretemur, videamus. *Si pignora*, Ulpianus inquit, *emptorem non inveniant, rescriptum est, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est.* Sed utrum postulanti, an etiam invito? Postulanti sine dubio, non invito. Nam etsi de eo nihil hic exprimitur, et præcise rescriptum iubere videtur ut pignora addicantur: tamen sententiæ satis declarant Ulpianum de volente et postulante creditore loqui, cum oratio et ratio eius omnis conferatur ad eum, qui maluit pignora possidere, et his esse contentus. Et sane absurdum foret aliud pro alio invito creditori obtrudi. *L. 2. §. 1. D. si cer. pet.* Ut autem scire possimus qua
† conditione impetret creditor a magistratu, 3
ut pignora, quæ emptorem non inveniunt, sibi addicantur, sibique [17] dominii iure statim possidere liceat, addit rescriptum: *addicantur autem utique ea quantitate, quæ debetur. Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus: rescriptum est, non posse eum, quod amplius est, petere.*

Significat his verbis Ulpianus, cum pignora emptorem non inveniunt non posse creditorem impetrare a magistratu, ut sibi pignora possidere liceat alia lege, quam ut ea habeat ea quantitate, idest, in eam quantitatem, sive pro ea quantitate, quæ debetur. Nam simpliciter addici sibi si postulet, vult rescriptum eum non audiri. Et sane ut pignus dominii iure simpliciter habeatur, solum impetratur a principe. *d. L. ult. C. si in caus. iud. et tot. tit. C. de iur. do. imp.* Quod si postulet creditor pignus in creditum sibi addici, audiendus est ille quidem, sed alio rescripto declaratur eum, qui id impetravit, pignore contentum esse debere, quasi transegisse

in eadem solvatur, quia idem quod debetur solvendum. Unde ubi et quoties tractatur de capiendis pignoribus, ibi et toties de distrahendis. Nec probari DD. opinionem contendit idem Fab. *Err. seq.* 2. ex *L. 1. Cod. si in ca. iud. pign.* Male enim iudicio Fabri verba *teneri ac distrahi* de retentione creditoris accipiunt, cum ius obligationis in rebus debitoris constitutæ significent, cumque etiamsi creditor non teneat, per magistratum distrahi possint. Male ibid. verba coniuncta pro disiunctis accipiunt, ac si diceretur, *aut distrahi* cum et ex *L. ul. Cod. Si in ca. iud.* liqueat non aliter possideri posse quam iure dominii; non itaque pignoris iure, quod rei suæ non consistit. Et ex *L. 3. C. de exsec. rei iud.* patet ita demum fieri missionem in possessionem si res diu subhastatæ fraude debitoris emptorem non invenerunt. Non igitur missio primum, sed ultimum remedium. Eaque missio de qua *d. L.* 3. est ipsa dominii addictio. Ut probabit tum collatio *d. L. 3. cum d. L. ult. C. si in ca. iud.* tum verba *d. L. 3. ut res tandiu protracta ad effectum perducatur.* Non perficeretur, sed inchoaretur solum exsecutio, si is missionis finis, ut iure pignorum res possiderentur: tum *L.* 15. §. 3. *h. t. ibid.* Faber 2. remedium Accursii refellit, quia datio in solutum contractus est, venditionis vicem obtinens *L. 4. Cod. de evict.* ideoque nisi ex voluntate debitoris fieri nequit. Sed et 3. remedium a proposito alienum esse contendit de quo paulo ante. Ita Faber: Enimvero prius Accursii remedium et aliis inconsultum videtur, Duaren, *ad d. L.* 15. §. 3. Alciat. 6. *Parad.* 3. Melius esse inquiens, pignus valens 500. iure dominii retinere si debitum sit 1000. quam valens 1100. ita possidere, ut fructus sorti imputentur. Nam post 20. forte annos, consumptis licet fructibus, pignus restituendum erit.

16 Ita Forcar. *Dial.* 13. *n.* 2. *et* 3. Non invito cedunt pignora pro toto debito, ut Bart. *Malle* enim, liberæ est electioni, *L. 21. §. ultim. de nov. oper. nunc.* et transactio libera. Anton. Fab. 56. *Err. prag.* 2. [Si cogeretur contentus esse, non videretur transegisse, cum ex necessitate iuris coniectura voluntatis capi nequeat, argum. *L. 13. de separat.* Add. Cagnol. *in L. 2. Cod. de rescin. vend. n.* 164.

17) Vulgo, referente Ant. Fabr. 56. *Err. pragm.* 3. statuitur differentia inter addictionem pignorum, quæ pro rata debiti fiat, auctoritate Magistratus, ac qua possessionem solum consequatur actor, fructus in sortem imputet: et addictionum, quæ non fere nisi verborum sono distet a iuris dominii impetratione, auctoritate Principis fiat, non ita debiti mensuræ æqualis, dominium tribuens, unde fructus sortem non minuant, ceu ex re sua percepti, Quod impugnat Ant. Fab. *ibid. et Error.* 4. 5. *ac* 6. fuse et varie tractans, quomodo addictio per Magistratum *dict. L.* 15. §. 3. distet ab ea, quæ Principis auctoritate fit, *L. ult. Cod. si ex ca. iud. pig. L. 3. C. de exsec. rei iud.* Olim autem hoc interfuisse putat, quod illa bonitarium solum dominium transtulerit, cum non a lege nec domini voluntate res accipiatur; hæc plenum et Quiritiarium, cum a Principe habeatur, qui lege superior. Huius conditio ea, si calliditas aut ambitio adversarii obstitit, ne emptor reperiretur, *d. L. ul. d. L.* 3. Cæterum ex quo distinctio dominii bonitarii etc. sublata, idem tribui censet addictioni Magistratus sive dolo adversarii factum ne res veniret, sive alias emptores defuerint etc. Enimvero in *d.* §. 3. dominii translationem ex verbis *in creditum possidere* infert Forcat. *Dial.* 13. *n.* 5. *et* Alc. 3. *Parad.* 16. quod creditum proprie ad eam pertineat, et ita dicatur iri in creditum, cum dominium transit. Licet hæc parum firma videantur. Sed ne hæc et quæ sequuntur exactius expendam, et tempore et pagellarum angustia excludor.

egisse pacto videatur, ne quod amplius est, petat. Hoc est igitur, quod dixi, non aliter audiendum creditorem, si postulet sibi pignus addici, quod emptorem non habeat, quam si postulet sibi addici in eam quantitatem, quæ debetur, sive in creditum sibi possidere licere, quorum utrumque idem valet: et illud efficit, ut si in debitam quantitatem pignus ita addictum non sufficiat: tamen creditor nihil queat amplius petere sua ipsius conventione, ac velut transactione exclu-
4 sus. Non deerunt † fortasse, qui [18] huic interpretationi adversentur, ut scimus hunc locum non esse per se admodum omnibus expositum, atque adeo etiam doctissimis interpretibus Alciato et Duareno eam interpretationem improbari, cum illa verba: *addicantur autem ea quantitate, et in eam quantitatem, quæ debetur*, vulgo sic accipiunt, pro ea quantitate, et in eam quantitatem, quæ debetur. Ego autem ita interpretantibus nobis, ut dixi, nihil video esse in ea interpretatione, quod non et verbis ipsis et sententiæ Ulpiani, et optimæ rationi plane conveniat. Nam quid aliud quæso, superiora verba exprimunt? Sic enim Ulpianus quantitatis verbo utitur in *L. si servos, supr. de pig. act.* cum ait creditori de sumptibus ab ipso factis esse actionem continuam: non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. Sed mitto significationem verborum, ac placet esse eiusmodi, ut de ea dubitari possit. At quæ tandem alia sententia huic loco potest convenire? Dixerat Ulpianus pignora addici, ea quantitate, quæ debetur: ac rationem reddit: quam tandem? quia, inquit, *si creditor voluit, pignus in creditum possidere rescriptum est, non posse eum, quod amplius debetur, petere, quasi de cætero transegerit, quod pignore fuerit contentus.* Inepta prorsus, ne dicam stulta ratio, nisi prius in propositione id statuerat Ulpianus, quod hac ratione suscipit confirmandum. Apparet autem his verbis hoc ab eo confirmari, eum videlicet, qui pignus maluit in creditum possidere, debere pignore contentum esse: quod diximus habere pignus pro ea quantitate, quæ debetur, sic ut si quid amplius debetur, quam pignus valet, creditor petere non possit: quamobrem utrunque eum in propositione sensisse et posuisse intelligendum est. Iam vero hoc posito agi hic de eo creditore, qui postulet sibi pignora in creditum addici, quoniam non aliter ei a magistratu addicantur; quid potest superiore sententia dici æquius? Certe perspicuum est, qua ratione hoc loco ea confirmentur. *Velut pacto*, inquit, *transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere.* Nempe enim hic ita valet, quod respondetur de eo creditore, cui pro re debita alius debitor est delegatus. Quamvis delegatus solvendo non sit: tamen placet creditorem nihil posse petere amplius ab eo, qui delegavit: cur? quia scilicet videatur bonum nomen, qui admisit debitorem in delegatum. *L. inter*, §. *abesse*, *D. mand.* Cur vero bonum nomen fecisse existimatur? an non ideo, quia pro eo quod debebatur, contentus fuit alium debitorem habere, ut sic de reliquo, quod ab eo consequi non potest, transegisse videatur? Ista ratione ipsa et bonum et idoneum pignus fecisse putandus est is, qui pignus pro eo, quod debebatur addictum admisit: quasi et ipse de reliquo, quod consequi non potest, transe-
gerit. Quid est autem, quo † hæc senten- 5
tia videatur posse infirmari? Si creditor, dixerit aliquis, ex licitatione rem habeat non habet nisi eo precio, quod dictum est. Recte, quippe ea lege illi tradita est. Emit enim, non in creditum accepit. Nunc autem de eo agimus, qui pignus non emit, sed in creditum maluit possidere. Huic, si plus petat, necesse est obstare suam conventionem. Obiicietur hic etiam exemplum eius, qui ius dominii in pignore a Principe impetravit, sed iam dixi hoc impetrari a Principe simpliciter: a magistratu autem non alia lege, quam si creditor velit pignus possidere in creditum, quod cum fit, id eam vim et conventionem habet, quæ hic iudicatur. Quod [19] reliquum est, nulla fit creditori iniuria, si huic conventioni suæ stare cogitur. Est qui-

18) Ubi Duar. ait vulgari interpretatione nihil esse ineptius ac iniustius. Et idem ad *d. L.* 15. §. *ult.* non sic loqui, qui Latine loquuntur: *ea quantitate*, id est pro ea. Ergo sic exponit *ea quantitate*, idest, eo valore ac æstimatione quanta est summa debita, ne si pluris vel minoris sit pignus, alterutri iniuria fiat, vel ad tantam quantitatem seu pro rata debiti. Et Forcat. *Dial.* 13. *n.* 2. ex vocula *utique*, quæ natura sua temperat sequentia, probari putat; si pignora plus credito valeant, quod superest, reddi debitori. Aliter Alciat. 6. *Parad.* 3. Robert. 1. *sent.* 22.

19) Convenit in eo Ant. Fab. 56. *Error. prag.* 2. itidem sic exponens. Non pro rata debiti, sed pro quantitate quæ debetur, ut non possit in certam quantitatem pignoris tenere et superfluum petere. Quia neuter iniuria affectus sive pluris pignus sit sive minoris. Nam debitor sibi imputet, quod pecuniam non offert, maxime si eius ambitione factum, ne emptor reperiretur, *ut L. ult. C. si in ca. iud. L.* 3. *C. de exsec. rei iud.* Creditor, quod non ipse emerit, cum et ipsi id licuerit, in vicem extranei, ut *Donell. h. L. ad* §. *si pignora in princip. ibid. not.* Neque enim tunc cogeretur pignoribus contentus esse, sed si non suffecerint, quod ex venditione constaret, alia capi possent, donec iudicato satisfieret, *Idem seq. Err.* 5. repelli eum a petitione superflui non ipso iure, sicuti si in solutum datæ res fuissent a volente volenti, sed exceptione taciti pacti de non petendo.

quidem iniquum, et contra ius creditorem amittere exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. *L. creditor, qui non, D. si cert. pet.* sed iniquum cum pignus, ut pignus accipit: quod enim cautionis loco alicui datum est, id in eius perniciem converti non debet. Sed longe diversum est, cum pignoris dominium in eos transfertur. Cum enim non cogatur id possidere in creditum, si ultro id admittit, de se queri debet. Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt, ut est *reg. iur. L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Ne illud quidem dici potest, fieri in hac re debitori iniuriam, si postulanti creditori pignus in creditum addicatur: ubi si forte pignus pluris valeat, quam debetur, non cogatur creditor superfluum reddere; faterer illi fieri in eo iniuriam si quidem pignus pluris esse possit, quam debetur. Sed hoc in proposito metui non potest: ubi de eo pignore agitur, quod nec emptorem quidem reperit, idest, quod ita venum expositum est, ut nemo existeret, qui vel tantillo licitaretur: quod argumentum est, rem nihil æstimatam fuisse. Nam si quis licitatus esset, nullo alio emptore existente, ei pignus addiceretur. Vide, quæ in hunc locum scripserunt And. Alciatus *Lib.* 6. *Parerg. Cap.* 3. Franc. Duarenus *Lib.* 1. *Disp. C.* 6.

Ad §. Si super.

Si rerum, quæ pignoris iure captæ sunt, controversia fiat: constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem iudicatam exequuntur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint, eius fuisse, qui condemnatus est: rem iudicatam exequentur. Sed sciendum est summatim eos cognoscere debere: nec sententiam eorum posse debitori præiudicare: si forte hi dimittendam eam rem putaverint: quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est; nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario cœperit ab eo res peti. Sic eveniet, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. Sed et illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod est sine controversia.

S U M M A R I A.

1. *An si quis rei quæ pignori capta est, faciat controversiam, debeat, qui rem iudicatam exequitur, de rei proprietate cognoscere.*
2. *Qua distinctione rem definiat Ulpianus.*
3. *Summatim ea de re cognoscere debet iudex, et quid sit plena et quid summaria cognitio.*
5. *Cur Magistratus summatim cognoscere iubetur in hac caussa.*
5. *Contrariis occurrit idem Ulpianus.*
6. *Quatenus possessori proficiat res ita iudicata de controversæ rei proprietate.*

1 EIusdem generis impedimentum est cum superiore, si † rebus captis existat aliquis, qui earum rerum controversiam faciat, ut hic loquitur Ulpianus, idest, qui earum rerum se dominum dicat, aut sibi eas prius pignori obligatas. §. 1. *inst. de act.* Nam nec possunt res iure pignoris teneri, quæ non sunt in bonis debitoris. *L. quæ prædium, C. si al. res pig. dat. sit*, et nihil prosit eas in bonis debitoris esse ad futuram pignoris obligationem, si alius creditor in pignore sit potior. Quapropter de hoc genere tractatur cum hoc §. tum sequenti. Prius autem hic de re, de cuius proprietate fit controversia: in quo quæritur, an iudex, qui rem iudicatam exequitur, debeat rem de cuius proprietate controversia est, dimittere; an vero de cuius proprietate cognoscere: ut prout cognoverit eam pertinere ad debitorem, aut ad eum qui controversiam facit, ita aut sententiam exequatur, aut ei, qui movet controversiam, rem restituat. Esset optimum rem dimittere, nisi esset damnosum creditori, et exemplum etiam perniciosum: facile enim subornari possunt, qui mentiantur res captas suas esse. Distinguit † igitur Ulpianus, ut si sit aliud sine controversia, quod capi possit, id capi debeat, res 2
controversa dimitti; si non sit, tum magistratus cognoscat de rei proprietate: qui si cognoverit rem debitoris esse, sententiam exequetur: sin eius, qui controversiam facit, ei rem restituet. Sed addit † de cognitione summatim 3
ma-

magistratus cognoscere debere. Summa cognitio opponitur plenæ et iustæ cognitioni, de qua in *L. iudices*, *C. de iud.* Plena cognitio est, cum iudex non solum actorem de se probantem audit: sed audit etiam rei oppositiones; item replicationes creditoris. Denique utrunque pro se dicentem eo usque, donec ambo interrogati respondeant, se nihil amplius adiicere velle. dicta *L. iudices.* Summa cognitio contra est, ubi iudex præsentem probationem, quæ affertur, sequitur, et secundum eam iudicat: quod autem contra eam probationem ex diverso dicitur, si altiorem quæstionem habeat, non admittit; sed in aliud tempus differt, cum de re ex professo, non [20] per occasionem uti nunc agetur. Quæ definitio colligi potest ex *L. 3. §. sciendum*, iuncto *§. ibidem*, *D. ad exh. L. si quis a liberis*, *§. si vel parens*, *D. de ag. lib. L.* 3. *§. caussa*, *D. de carb. ed.* Ut in proposito, si is, qui controversiam facit, instrumentum proferat, quo probet se rem emisse, et debitor dicat, instrumentum esse falsum: si hanc falsi allegationem non audit iudex, quia non statim ea quæstio dirimi potest, summatim cognoscit. Id nunc hoc loco iubetur facere.
4 Sed † cur summatim tantum cognoscere in hac caussa magistratus iubetur? Quia executio iudicati [21] celeritatem desiderat. Nam alioqui magna fit iniuria creditori, si post longam iudicii moram etiam post rem iudicatam et exploratam solutio ei differatur. Sed nec res iudicatæ aliter suam auctoritatem satis obtinebunt, quam, si quam celerrime ad exitum perducantur. Atqui publice interest, quam maxime ratam esse earum auctoritatem. *L. servo*, *§. cum prætor*, *D. ad S. C. Treb.* At
enim, dixerit aliquis, habet † hæc cognitio 5
manifestam iniuriam: fieri enim non potest, ut iudex, quæ allegantur, non cognoscens pronunciet rem eius esse, cuius non est, quod non faceret, si plene cognovisset. Huic obiectioni occurrit continenter Ulpianus: Negat hic ullum periculum ipsius sententiæ esse metuendum: propterea, quod nullum præiudicium allatura sit neque debitori, neque ei, qui controversiam movit. Etenim si iudex dixit rem esse debitoris: non prohibetur is, qui controversiam movit, rem suam ab emptore petere; et contra si res restituta est ei, qui controversiam facit; licet debitori rem ab eo postea iure ordinario petere. Iure ordinario petere est, actione mota et iudicio suscepto petere, rem suam esse intendendo: quoniam hic ordo, sive usus iuris est, ut petitionibus et actionibus institutis res repetantur. *L. 1. D. de exec. rei iud. L. extat*, *D. quod met. caus.* Id non fit in hac cognitione, de qua nunc dicimus: in qua nulla movetur actio de proprietate pignorum, et propterea summatim cognoscitur: quæ omnia fiunt extra ordinem, idest, extra et præter modum usitatum et solemnem iure publico constitutum. Nam quæ iure fiunt, ea certo et constituto ordine peraguntur.

Hic eveniet, ut omnibus integris) Hoc di-
cit, † quamvis hic res iudicata nullum ef- 6
fectum habeat circa proprietatem rei: tamen rebus integris saltem [22] capioni proficiet. Quod habet hanc sententiam, res hic iudicata in hoc

20) Ubi sententia non parit magnum præiudicium, sed quod per aliud iudicium reparari potest, citra appellationem vel simile remedium, Lanc. Conrad. *d.* v. *Summaria cognitio*, *n.* 5. Ubi duos casus pripcipales statnit. (1) Quando, caussa dispositione iuris communis vel municipalis summaria est, quod ex modo dicta regula æstimandum. (2) Quando Princeps sic committit in quibusdam caussis. Istæ notatæ, *Clem. dispendiosam.* 2. *de iudic. et Clem. sæpe* 2. *de Verborum significat.* In his vero referre docent, commiseritne Princeps simpliciter, ut summarie cognoscatur, an ut de plano: an ut sine strepitu, aut sine figura iudicii. sine iuris solemnitate, per concessum arbitrii, an sola facti veritate inspecta, etc. Inter quæ singula differentias exponunt, vid. Scaccia *d. C.* 53. *n.* 14. *et seqq.* Lanc. *d. loc.* ac alii. Et quod ubi sola facti, etc. solemnitates omnes remissæ, Asin. *de exsecut.* §. 5. *C.* 37. Summariæ quoque iure habentur caussæ leviores modicæ sive exiguæ summæ, vilium personarum, per *Auth. nisi breviores. C. de sentent. ex pericul. recitand.* Scaccia. *d. C.* 53. *n.* 13. Damhuder. *d. C.* 23. De quibus Tiraquel. *Tract. de Iudic. in rebus exig.* vid. Frider. *Lib.* 3. *de Contin. causs. C.* 19. *n.* 24. *et seq.* Langlæ 3. *Semestr.* 2. *sub fin.* Rusticorum, Choppin. *Lib.* 3. *de Privil. rustic. P.* 1. *C.* 1. *et P.* 3. *C.* 2. Quod Harman. Pistor. *Lib.* 4. *Quæst.* 17. *n.* 19. *iunct. n.* 28. restringit ad eas, quæ coram iudice rurali aguntur. Alias etiam ordinariis iudiciis devincti rustici. Piæ caussæ indicia, Tiraquel. *Privileg. piæ causs.* 157. Vid. Iac. Shult. *Quæst. pract.* 18. Quales viduarum ac miserabilium, argum. *L.* 6. §. *ne potentiores* 2. *de offic. præs.* Coler. *Consil.* 41. *n.* 19. Studiosorum, Rebuff. *Privileg. Schol.* 5. Horat. Lutius *Privil. schol.* 1. Spekhan. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Quæst.* 14. *n.* 2. Num et dotis? Negat Petr. Barbosa in *L.* 1. *D. solut. matrim. p.* 1. *n.* 43. *et seqq.* præterquam in duobus casibus. (1) Quando dos venit incidenter ad caussam matrimonii (2). Quando petitur principaliter, sed qui petit inops, non habens aliunde unde se alat, ut ita hoc privilegium non sit doti propter se, sed quatenus pia caussa efficitur.

21) Hic dicendi occasio esset, de caussis exsecutivis et de viribus instrumenti liquidi, vulgo guarentigiati, eiusque parata exsecutione. Sed abrumpere oportet, Vid. Coler. *de Process. exsecut.* passim maxime *P.* 1. *C.* 3. Roderic. Suarez. *in Lectura L. post rem iudic.* 56. *de re iudic. in Declaratione legis Regni*, Anton. Sola *ad Constitut. antiq. Sabaud. rubr. de captura debitoris pro caussa civili*, *decreto ad caussarum*, *etc.* Parlador. 2. *Rerum quotidian. C. fin. Part.* 1. passim maxime §. 5. *et* §. 11. *etc.* Asin. *de Exsecut.* §. 1. *Cap.* 25. *et seqq.* Tiraquel. *Tractat. le Mort. saisit le vif. P.* 2. *Declar.* 10. *n.* 3. *et n.* 13. *ac de iur. constitut. possessori P.* 3. *limit.* 31. *n.* 48. Menoch. *Arb. Casu* 17. Gomez. *in L. Tauri.* 64. Beust. *in L. admonendi*, *n.* 897. *et seqq.* Frider. 2. *de Mandat. iudic.* 58. *et seqq.* maxime *C.* 69. *et seqq.* Wesenbec. *Consil.* 14. passim Moller. 1. *Semestr.* 18. *et aliquot seqq. et Cap.* 40. *n.* 8. 9. *ac* 3. *Semestr.* 18. 33. *et* 36. Coler. *decis.* 290. Tessaur, *decis.* 26. Pet. Heig. *P.* 2. *quæst.* 7. Rauchbar. *P.* 2. *quæst.* 2. *n.* 99. *et seqq.* Hering. *de Fidei. Cap.* 21. *n.* 43. *et seqq. etc.* Num via ordinaria intentata possit deinde recurri ad exsecutivam, tractat Monter. *decis.* 22. et an contra *decis. seq.*

22) Vid. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 2. *n.* 43. *et*

hoc saltem proficiet possessori, cui res controversiæ addicta, aut restituta est, ut eam possit capere, nempe usu. Nam ad usucapionem opus est iusta possessione. Hanc præstat possessori sententia magistratus. Iuste enim possidet, qui auctore prætore possidet. *L. iuste*, *D. de acq. pos.* Sed proficiet res iudicata ad eam rem tantum rebus integris, idest, tantisper, dum res a possessore non vindicabitur. Nam si res ei, qui controversiam moverat, restituta sit: simul atque cœperit debitor ab eo illam vindicare, litis contestatione possessio eius, et præscriptio interrumpitur. *L. nemo*, *C. de acq. pos.* *L. nec bona*, *C. de præs. long. temp.*

seqq. qui *d.* §. 4. *in fin.* exaudit de usucapione creditoris, qui ex caussa iudicati immissus est. Plura hic dici possent de iure tertii oppositoris, et ut impediat exsecutionem. Sed ne prolixior sim, omitto. Generatim vero de tertio interveniente utiliter consules Cov. Pract. *QQ. C.* 13. *et seq.* Menoch. *Arb. C.* 18. *et recup. possess. Remed.* 1. *n.* 372. *et seq.* Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 66. *et Q.* 114. Maranta *in sing. lit. I. p. m.* 629. Petr. Barbos. *ad L. si alienatio* 11. *ipsi* 12. *sol. matr. n.* 8. *et seqq.* Vant. *de Nullit. Rubr. Quis poss. dicere de nullit. n.* 15. *et seqq.* Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. p.* 5. §. 11. *n.* 58. *et seq.* Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 9. *et P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 8. Petr. Frider. *Lib.* 2. *de continent. causs. C.* 8. *et seq.* Myns. 2. *Obs.* 1. *et* 3. *Obs.* 73. *ac seq.* Gail. 1. *Obser.* 69. *et* 3. *seqq.* Wes. *Cons.* 100. Coler. *Cons.* 2. *n.* 30. *et seqq.* Surd. *Decis.* 108. *et* 335. Cacher. *Decis.* 38. *et* 191. Monter. *Decis.* 42. Meichsn. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 244. *et seqq. et Decis.* 32.

Ad §. Quod si res.

Quod si res fuerit pignorata, quæ pignori capta est: videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore superfluum in caussam iudicati convertatur. Et quanquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere, tamen in iudicati executionem servatur: ut si emptorem invenerit res, quæ capta est, qui dimisso priore creditore, superfluum solvere paratus sit: admittenda sit huiusmodi quoque rei distractio. Nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum.

SUMMARIA.

1. *Res pignori obligata in caussam iudicati capta distrahitur; dummodo prior creditor dimittatur, et reliquum in caussam iudicati convertatur. Quare diversum ius obtineat in re aliena, si tale esse constet.* ibid.
2. *Quid obstet superiori sententiæ et quomodo removetur.*

1 DE re capta, quam † alius sibi pignori prius obligatam dicat, eadem quæstio est, quæ supra: de quo ordine hoc loco ad hanc sententiam, ut quamvis res pignori obligata non magis alienari possit invito creditore, quam res aliena invito domino. *L. debitorem*, *C. de pig.* tamen placeat in executione iudicati de re oppignerata non idem iuris esse, quod supra de aliena diximus. Res aliena in caussam iudicati capta, si constet eam esse alienam, dimitti debet. At res pignori obligata, si capta sit, ut maxime constet eam obligatam esse, nihilominus distrahi potest: dummodo ita distrahatur, ut creditor prior dimittatur: idest, ut solvatur illi prius, sic deinde, quod reliquum est, in caussam iudicati convertatur. Differentiæ hæc ratio est, quod res suo domino auferri non potest sine iniuria: creditori autem nulla iniuria fit, etsi pignus non habeat, si modo ei pecunia
solvatur. Obstabat huic † sententiæ, quod 2
creditor pignus vendere non cogitur. *L. quamvis*, *D. de pig. act.* hic respondet Ulpianus probandum hoc esse in caussa privatorum, cum scilicet posterius creditores id petunt: at in rei executione iudicati aliter servari: sed cur aliter? Nempe quia aliud privata utilitas aliud publica exigit. Porro in executione rei iudicatæ publica utilitas versatur: si quidem publice interest res iudicatas exitum habere, ut paulo ante dixi. *d. L. servo*, §. *cum prætor*, *D. ad Treb.*

Ad §. Si post.

Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur: an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est. Et cum semel emptio perfecta sit, eiusque qui sic comparavit, periculum versetur: non puto locum esse cognitioni. Certe postea quam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem iudicum? Idemque et si ipsi, cum quis iudicatus est, res fuerit addicta.

SUMMARIA.

1. *Pignore addicto perfici emptionem et cessare iudicis partes.*
2. *Executio rei iudicatæ quibus rebus contineatur.*

1 POstquam † pignus est addictum, idest, ei, qui pluris licitatus est, dictum est: res isto precio tibi empta est; en tibi habe, emptio pignoris statim perfecta est. Perficitur enim emptio consensu, simul atque de pretio convenerit, Tit. *de empt. et vend. in princ.* Emptione perfecta, si controversia emptori de proprietate moveatur, negat Ulpianus iudices, qui rem exequuntur, de ea re amplius posse cognoscere, sive res addicta tradita sit, sive non sit. Ea re declarat † executionem 2 rei iudicatæ, de qua hic agitur duobus modis contineri et perfici, pignorum capione, et eorum distractione. Ex quo evenit, ut rebus distractis eorum iudicum, qui sententiam exequuntur, partes cessent, ut qui officio exequendi functi sunt, Arg. *L. iudex*, 55. *inf. eod.*

Ad §. Sed si emptor.

Sed si emptor, cui pignora sunt addicta, exequente iudice, pretium non solvat: utrum adversus emptorem porrigere manus debeant iidem iudices, qui sententiam exequuntur, videndum est. Et non puto eos ultra procedere. Cæterum longe res abibit. Quid enim dicemus? Condemnabunt emptorem, et sic exequentur adversus eum sententiam: an statim pro iudicato habebunt? et quid si neget se emisse, aut exsolvisse contendat? Melius igitur erit, si non se interponant: maxime cum nec habeat actionem adversus eum is, cui iudicatum fieri desideratur, nec iniuria afficietur. Oportet enim res captas pignori, et distractas præsenti pecunia distrahi: non sic, ut post tempus pecunia solvatur. Certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant, et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam.

SUMMARIUM.

1. *Addicto semel pignore cessare cognitionem iudicum pretio quamvis non soluto ostenditur ab Ulpiano duobus argumentis.*

EMptione perfecta et addicto pignore, si controversia fiat de proprietate, iudices rei iudicatæ amplius de eo cognoscere
1 non possunt, ut supra dictum est. Quid † si emptor precium non solvat? Quærit Ulpianus, utrum adversus emptorem porrigere manus debeant iidem iudices, qui sententiam exequuntur, quasi nondum cessent eorum partes, pretio non soluto. Nec abs re. Pretio enim non soluto nondum videri emptionem perfectam argumento est, quod tantisper venditori rem venditam licet retinere. *L. Iulianus*, §. *offerri*, *D. de act. empt.* Et ut intelligere liceat, quod diximus, post addictum

ctum semel pignus cessare iudicum partes, quæcunque tandem controversia de re vendita, aut de pretio incidat, statuit Ulpianus, nec de pretio eos cognoscere posse, non magis, quam de proprietate. Ac ne dubitemus, recte id dici, moti fortasse superiore obiectione, id ita se habere probat duobus argumentis. Unum est dilemma in illis verbis: *Cæterum longe res abibit*: Dilemma huiusmodi: Si iudices, qui sententiam exequuntur, emptorem pignoris volunt cogere, ut solvat: aut de re cognoscent et iudicabunt, aut emptorem statim pro iudicato habebunt. Si de re iudicant, *res longe abibit*, idest, in longum tempus extrahetur. Nam primum rem cognoscent, deinde reum condemnabunt: deinde rem iudicatam adversus eum exequentur, ut fert iudiciorum ordo, *L. 1. C. de execut. rei iud. L. negantes, C. de obl. et act.* In qua executione fieri rursum poterit, ut emptoribus novis quæstio de pretio moveatur. Hæc autem extractio rei non caret iniuria creditoris, qui sibi cupit rem statim dissolvi. Quod si iudices emptorem statim pro iudicato habebunt, hic vero facient ei manifestam iniuriam: quid enim, si dicat se pretium non debere, vel quia se emisse neget, vel quia dicat se exsolvisse? Iniquum est eum iudicta caussa condemnari, si solvat id, quod fortasse non debet. *d. L. negantes, C. de oblig. et act.* Ita si prius creditori inutile, posterius iniquum: iudices non debent de pretio cognoscere. Altera ratio est in illis verbis: *Maxime cum nec habeat actionem*: Est autem hæc: Non debent iudices adversus emptorem cognoscere de pretio: quia creditor, cui iudicatum fieri desideratur, id non petit: actionem enim, inquit, adversus emptorem non habet. Recte: nam [23] creditor pignora sub auctione non distrahit; sed debitor per apparitores. Unde solus debitor de evictione obligatur. *L. antepe. 1. §. D. de empt.* Præterea etsi creditor actionem haberet: tamen non afficitur, inquit, iniuria, si cum emptore non agat, cum ei alia via facillime consultum esse possit. Oportet enim, inquit, executores pignora præsente pecunia vendere: scilicet, ut ne postea de pretio laboretur. Quod si factum non erit, poterunt quidem se interponere iudices: sed hactenus ut rem addictam recipiant ab emptore, eamque alii distrahant. Id vero iure publico facere possunt: quoniam res vendita venditori pignori tenetur, quoad pretium solutum non erit. *d. L. Iulianus, §. offerri, D. de act. empt.*

23) Ita et Duar. *ad d. §. 7.* Quod acriter impugnat A. Fab. 5. *Coniect.* 16.

Ad §. Sic quoque.

Sic quoque iudices exequentur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit. Posse enim nomen iure pignoris capi, Imperator noster rescripsit. Sed utrum confessum nomen tantum capi possit, an etiam si neget quis se debere, videamus. Et magis est, ut id duntaxat capiatur, quod confitetur. Cæterum si negetur, æquissimum erit discedi a nomine, nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignorum, ultra processerit, dixeritque ipsos debere iudices de nomine cognoscere, ut cognoscant de proprietate sed contra rescriptum est. Item quid dicemus? utrum ipsi iudices convenient nomen, exigentque id, quod debetur, et in caussam iudicati convertent: an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exequendam, hoc faciant.

SUMMARIA.

1. *Nomina etiam pignoris iure capi, et quomodo.*
2. *Capi ea lege, si et nihil sit aliud, et nomen ipsum confessum sit.*
3. *Si condemnati debitor neget se debere, antea convictus condemnari debet.*
4. *Quare cum incidit controversia de nomine, summatim non cognoscit iudex ea de re, ut in controversia de rei proprietate.*
5. *Quid utilius creditori, aut melius consultum esse possit si nolit cum debitore contendere.*
6. *Quod si hoc idem facere cogatur, qua actione ex iudicati caussa conveniendus sit debitor.*

Quod supra dixerat, ad iura perveniri in venditione, in hoc loco plenius explicat. Ait igitur † etiam nomina pignoris 1 iure capi a iudicibus, qui exequuntur iudi-

dicatum. Nomen, debitum est; id quod est in obligatione. *L. nomen*, 34. *L. qui chirographum.* 59. *D. de legat.* 3. Sed quomodo capi potest quod incorporale est? Nam obligatio res incorporalis. Tit. *de reb. corp. et incorp.* Ipsum chirographum scilicet, et instrumentum obligationis capietur, hoc capto id captum videbitur, quod instrumento continetur, Arg. in *L.* 1. *C. de donat.* Sed ut non sit ullum instrumentum, aut non capiatur: id servabitur, quod in servitutibus nempe usus iuris, idest, nominis erit pro traditione. *L. quoties via*, *D. de servit.* Usus autem nominis in eo, ut denuncietur debitori, ne solvat creditori suo, sed ei cui debitor condemnatus est, iure in caussam iudicati capto, et converso. Arg. in *L. nomen*, *C. quæ res pig. ob. pos.* *L.* 1. *C. de cond. ex leg. et hoc* §. vers. *item quid dicimus*, simul ut interdicatur creditori ea petitione, ut dicitur in *L. commodis*, *infr. eod.*

2 Addit, nomina † pignori capi posse in caussam iudicati: sed duabus conditionibus. Una, si nihil sit aliud, quod pignoris iure capi possit, idem in *L.* 2. *C. quand. fisc. vel privat.* Altera, si nomen sit confessum, idest, si debitor, qui exigitur, fateatur se debere: qui inficiatur, ab eo hoc nomine nihil exigi potest. Idem in *L.* 3. *C. quand. fisc.* Quid si debitor condemnati dicatur maliciose negare se debere? Hic scriptum est, in hac inficiatione nullo modo nomen pignori capi posse. Quid ergo res creditori perierit, nec ei adversus inficiantem ullum remedium est? Imo vero erit, sed ordinarium: non id de quo nunc agitur, extraordinarium. Nomen pignori non capietur, sed pignori dabitur. Tunc capi intelligitur, cum debitor conventus et confessus cogitur re ipsa pecuniam solvere, *L.* 1. *C. quand. fisc.* quod fieri dicitur extra ordinem in *L. si pignora*, *sup. de evict.* Datur nomen pignori, cum magistratus sententiam exequens iubet res condemnati esse pignori, in quibus sunt nomina condemnati. Sed si
3 † debitores negent, ad ius ordinarium remittendi sunt, ut prius convincantur iudicio, deinde condemnentur. *L. negantes*, *C. de oblig. et act.* Cæterum cum his agi potest iudicio, ut cum omnibus, quorum nomen pignori obligatum est. *L. nomen*, *C. quæ res pig.* Hoc loco movet † Ulpiano dubitationem 4
exemplum rei corporalis, quæ pignori capta est. De qua si sit controversia, an sit condemnati, necne; iudices summatim de ea re possunt cognoscere. §. *si verum*, *sup. ead. L.* Quidni in nomine idem faciant, si dubitetur, an nomen ad condemnatum pertineat, necne? Sed ait Ulpianus, contra rescriptum esse. Quod ne quis sic accipiat, quasi huius rei alia ratio desit, (quod minime admitti debet, ne in paribus caussis ius diversum constitui dicamus contra *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.*) perspicua est huius differentiæ ratio. Nam in rebus corporalibus quicquid statuerit iudex de re restituenda aut distrahenda, nulla afficitur iniuria is, adversus quem id sententia statuit. Primum non habet necesse debitor rem reperire, quam restituat: quoniam habet: neque is, qui eius rei controversiam facit: quoniam ea iam est apud executorem. Tum autem proprietas non recedit. Non enim, ut supra dictum est, sententia in hac specie præiudicium facit. At, si nomen exigitur a debitore, utrunque contra fit. Etenim solvere iussus si pecuniam non habet, reperire cogitur: neque vero potest eam solvere, nisi pecunia ab eo recedat, et in accipientem transferatur. L. *si nomen*, 20. L. *qui sic.* 55. *D. de solut.* quorum utrunque iniuriosum est, statui adversus eum, qui convictus non sit. *L. negantes*, *C. de oblig. et act.*

Et necesse est, ut quod † ei facilius videatur ad rem exequendam, hoc faciat, si 5
existat aliquis, qui nomen emere velit, et tantum dari, quantum debetur: hoc quidem sine controversia facilius et melius, quam cum debitore contendere. Sed etsi debitor non sit solvendo: satius est aliquid in præsentiarum accipere pro eo nomine, quam nihil inde auferre. Sin debitor solvendo est, et nemo existit, qui tanti emat nomen, quantum debetur: tum vero nomen, idest, debitum exigere, multo est satius. Convenietur † autem de- 6
bitor ex iudicati caussa non directa actione, utpote cum quo nihil contractum sit: sed utili, quæ omni nomine pignori dato competit. *L. nomen*, *C. quæ res pig.*

Ad §.

Ad §. Sed et si. *ult.*

Sed et si pecunia penes argentarios sit: æque capi solet. Hoc amplius, et si penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est, solet pignoris iure capi, et converti in caussam iudicati. Præterea pecuniam quoque depositam nomine condemnati, vel in arca reclusam solent capere, ut iudicato satisfiat. Hoc amplius, et si pupillaris pecunia in arca reposita sit ad prædiorum comparationem, etiam citra permissum prætoris, ab eo, qui exequitur iudicatum, solet capi, et in caussam iudicati converti:

SUMMARIA.

1. *Nondum peti posse iure capti nominis a debitore condemnati pecuniam incertam, sed et certam pignori posse capi quæ sit apud debitorem condemnati.*
2. *Quot modis apud condemnati debitorem possit esse certa id genus pecunia.*

1 NON tantum † iure nominis capti pecunia incerta a debitore condemnati peti potest, ut aurei centum: sed etiam certa pignori capi potest, quæ sit apud debitorem
2 condemnati: dummodo aut † deposita sit apud eum: qualis est ea, quæ datur argentariis. *L. si hominem*, §. *ult. D. depos.* aut sit pecunia condemnato destinata: puta pecunia seposita a debitore, vel reclusa in arca in hoc, ut creditori, qui nunc condemnatus est, solveretur. Quod si pecunia erit ipsius condemnati, non requiremus, ut sit destinata ad solvendum creditori: sed statim pignoris iure capi poterit, quod adeo verum est, ut vel pupilli condemnati pecunia capi possit: quamvis deposita sit ad prædiorum comparationem.

Ad L. Sunt qui. 16.

Idem Libro LXIII. ad Edictum.

Sunt qui in id, quod facere possunt conveniuntur: idest non deducto ære alieno, et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur, socius autem omnium bonorum accipiendus est. Item parens.

Ad L. Patronus. 17. *et seqq.*

Idem Libro X. ad Edictum.

Patronus, patrona, liberique eorum, et parentes. Item maritus de dote in id, quod facere potest, convenitur.

SUMMARIA.

1. *De beneficio competentiæ quod vocant.*
2. *Tractandarum rerum partitio et ordo.*
3. *Pro numero caussarum propter quas hoc beneficium defertur, sex rite personarum genera recenseri, quibus illud tribuitur.*
4. *Durare hoc beneficium, etiam conditione personarum mutata, dummodo de eo conveniantur quod stante illa conditione contraxerunt.*
5. *Beneficium hoc esse personale, nec tribui here-*

redibus, præterquam filiis mulieris patris heredibus in actione dotis; et in universum defensori.

6. *Nomine reverentiæ illis debitæ ita tribui superioribus nonnullis personis hoc beneficium, ut ne pacto quidem huic renuntiare possint.*
7. *Non utitur hoc beneficio qui ex dolo aut maleficio suo convenitur, quibusdam personis exceptis, et quæ.*
8. *In certis dumtaxat contractibus tribuitur nonnullis ex superioribus personis, et quæ sint tales.*
9. *Certis in omnibus contractibus hoc idem beneficium dari, veluti marito: et quatenus.*
10. *Tribus tamen conditionibus deferri hoo beneficium, illæ quæ sint.*
11. *Hoc beneficio contineri ut omnis qui eo utitur in id tantum* quod facere potest, *damnetur*, facere *quid sit.*
12. *Potest qui aut natura aut ex usu hominum, et quale sit utrumque.*
13. *Eum facere posse qui deducto ne egeat habet quod præstet aut in bonis, aut in actionibus.*
14. *Improbatur et refellitur eorum sententia qui cautionem hanc,* deducto ne egeat *putant ad certos dumtaxat pertinere ex iis qui hoc beneficio utuntur, non ad omnes.*
15. *An id quod quisque facere potest æstimandum sit, prius alieno ære deducto, dubitandi ratio.*
16. *Diversum ea de re ius esse constitutum in donatore, ac cæteris.*
17. *Hunc quidem posse facere* existimari, *minime eo deducto, quod debeatur inter eos quibus* ex simili caussa *obstrictus est, et quæ similis hic caussa habeatur auctori.*
18. *Minime vero posse facere videri nisi omni ære alieno deducto quod solidum potest exigi.*
19. *Cæteros excepto donatore in id quod facere possunt condemnari, nullo ære alieno deducto.*
20. *Difficultas removetur quæ obiicitur ex Ulpiano I. C.* L. sed an hic 3. D. quod cum eo, *ubi et perstringitur tentata ab aliis conciliatio.*
21. *Unumquemque deducere dèbere quod ei sufficit ad victum ex suis bonis, non ex alienis.*
22. *Adeoque nec maritum deducere posse de rebus dotalibus, ut habeat unde vivat.*
23. *Locus iuris ex* L. unic. C. de rei uxor. act. *obiectus diluitur.*
24. *Conveniri in id quod facere quis potest, duo continet: I. ut nec queat conveniri si nihil possit deducto ne egeat, aut de minimo, si minimum possit.*
25. *II. In solidum conveniri, si solidum queat facere deducendis deductis, eaque de re posse diversis temporibus conveniri.*
26. *Ideoque exceptionem hanc competentiæ quam vocant, dilatoriam esse, non peremptoriam.*
27. *An et quatenus facere quis potest spectari tempus rei iudicatæ, et quæ hinc consectaria.*
28. *Cur hic iudicati tempus spectetur non litis contestatæ.*
29. *Dubitandi ratio.*
30. *Eiusque solutio.*

SI debitor recte definitur is, a quo invito exigi pecunia potest. *L. debitor, D. de verb. sign.* Nemo debitor est, nisi a quo solidum, quod debet, potest exigi. Debet autem, quisquis aliqua actione in personam tenetur: alioqui actione non teneretur, ut declarat definitio actionis. Quare qui actione aliqua tenetur, sine dubio ab eo solidum peti potest, quod si potest, antequam quidquam de eo actum sit, multo magis tum poterit, cum et de eo actum fuerit, et de eo res erit iudicata. Et hoc quidem iuris ratio exigit,
1 sed † sunt, quibus humanitatis caussa hoc tributum est, [1] ut ne in solidum, sed in id solum, quod facere possunt, conveniantur, de quibus simul et de hoc genere beneficii capitibus sequentibus agitur. Locus patet latius: qui ut ratione et via a nobis explicetur,
2 † primum quærendum puto de personis, quibus hoc tribuitur, quibus ex caussis, et quibus conditionibus: tum videndum de genere ipsius beneficii, quid sit facere posse, quas deductiones ea res admittat, et quibus ex bonis: prætérea, quid sit in id quod facere possis conveniri: postremo, quo tempore spectandum sit, an quis possit facere, utrum litis contestatæ, an rei iudicatæ.

Illud ergo primum, ut videamus, qui [2] sint, qui in id, quod facere possint, conveniantur. Nam hoc loco neque omnes enumerantur, neque in iis, qui enumerantur ratio
beneficii exprimitur. In hoc genere † igitur 3
sunt numero sexdecim personæ, quæ mihi commode in sex genera distribui posse videntur. Tot enim sunt caussæ, propter quas hoc beneficium defertur. Aut enim sanguine coniunctis tribuitur: aut coniunctis per matrimonium: aut iis qui horum coniunctionem imitan-

1) Vulgo Beneficium exigendi, item privilegium ac exceptionem competentiæ vocant. De quo Vult. Mudæ. Sneidvin. Harp. et alii *ad §. item si de dote.* 37. *et seq. I. de act.* Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 112. *et seqq.* Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 14. A. Gentil. 4. *Lect. et Epist,* 1. A. Fab. *ad L.* 28. *de R. I.* Hartm. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 2. Vinc. de Franch. *Decis.* 164. *et* 181. Ant. de Gamma *Decis.* 25.

2) Convenit Don. *noster ad §. sunt prætera.* 36. ipsi 28. *et seqq. I. de act. n.* 3. Et ex eo Vult. *ibid. n.* 9. Tribui hoc vel ob personam rei: Et aut ob coniunctionem sanguinis,

tantur: aut pro præmio iis, qui de nobis bene meriti sunt: aut iis, qui meriti sunt bene de republica: aut pietatis et humanitatis caussa iis, quos constat non malo more sua bona amisisse. In [3] sanguine coniunctis, quibus hoc propter summam coniunctionem tribuitur, tres sunt. [4] Parens. *L. sunt qui hic.* Item liberi. *L. cum ex caussa, inf. eod. L. etiam, D. sol. mat.* Item [5] parentis nostri liberi, ut est in *L. patronus, 17. infr.* idest, fratres nostri. Et sane Ulpianus in *L. verum, D. pro soc.* non recte colligeret, socio hoc beneficium esse tribuendum ideo, quia societas ius fraternitatis continet: nisi prius constaret hoc fratri tribui. In iis, qui per matrimonium coniuncti sunt, quibus hoc idem tribuitur, sunt quatuor: [6] maritus *d. L. patronus, infr. L. maritum, D. sol. mat.* item mariti pater: idest, socer uxoris. *L. sicut, inf. eod. L. rei iudicatæ, §. ult. et L. seq. D. sol. mat.* item [7] uxor. *L. non tantum, inf. eod.* item, uxoris pater: idest, socer mariti. L. *sicut, et seq. L. ex diverso, de sol. matr.* quod

quatenus verum sit, postea exponetur ad *d. L. sicut, inf.* Qui horum coniunctionem [8] imitetur sine affinitate et sanguine, unus est socius. Nam, ut dixi, societas ius fraternitatis quodammodo in se continet. *d. L. verum, pro soc.* Itaque placuit tribui hoc beneficium omnibus sociis, sive sint omnium bonorum socii, sive unius rei. *L. sunt qui, in fin. hic, et d. L. verum.* In iis, qui de nobis bene meriti sunt, sunt quatuor: qui [9] manumisit patronus, patronave. Item propter hos, liberi eorum: itemque eorum parentes. L. *patronus, inf.* item qui ex donatione sua convenitur. *L. qui ex donatione, D. de dona. L. inter, §. is quoque inf. eod.* In his, qui sunt [10] bene meriti de Repub. unus est miles, qui sub armata militia stipendia meruit. *L. miles, sup. L. item miles, inf. eod.* In iis autem, qui bona sua amiserunt, quibus hoc idem defertur, sunt tres: is [11] qui bonis cessit. *L. 4. inf. de cess. bonor. §. ult. inst. de act.* Item [12] filius emancipatus: item exheredatus: si modo de eo conveniantur,

affinitatis vel societatis, aut ob reverentiam patrono, aut ob meritum militi, aut ob miserationem ei qui bonis cessit, etc.

3) Signum hoc est, ait Ant. Massa Gales. *de iud. bonæ fid. n.* 19. quantum ipsis legum conditoribus curæ fuerit amicitia, cuius proprium est, non id omne, quod pro debito est, exigere, sed id tantum exposcere, quod fieri potest.

4) Utrinque in infinitum, Coras. *ad* §. 38. *I. de act. n.* 1. A. Gentil. 4. *Lect.* 1. Etsi ex caussa tutelæ conveniatur mater, quæ omni beneficio renunciavit, Gutierrez. *Lib.* 2. *Pract. Q.* 26. *n.* 2.

5) Ita Don. *ad* §. 36. *et seqq. I. de act. n.* 3. Si illis ob imaginem fraternitatis, magis veris fratribus, et Duaren. *ad L.* 16. *et* 2. *seqq. h. t.* Vult. *d. loc. n.* 11. Harprecht. *ad* §. 38. *Inst. de act. n.* 8. *et* 9. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5, ne minus possit natura quam accidens, veritas quam fictio. Coras. *ad dict.* §. 38. *n.* 1. ne imitator exemplari potior sit, Forcat. *Cupid. iurisperito. Cap.* 1. *n.* 1. ne melior sit comparatio comparato, Tessaur. *Dec.* 119. Quin et fratres alimenta sibi mutuo debent. *L. qui filium.* 4. *ubi pupil. educ.* Vitari autem circuitus expedit, Coras. et Tessaur. *d. loc.* Quin etsi Lex deficeret, extensio hic ex æquitate fieri posset, *Argum. L.* 20. *in fin. h. t.* Tess. *d. Decis.* 119. qui et *Decis.* 152. *n.* 5. ita in Senatu Pedem. iudicari. Diss. Alb. Gentil. 4. *Lect.* 1. Conna. 7. *Com.* 13. *n.* 18. et relati a Tessauro *d. Decis.* 119. Confer. Senglæ. 3. *Semestr.* 2. *pag.* 142. *et seqq.* ubi bellissime de amore et vinculo fraterno, et Tiraq. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. v. Libertis, n.* 92.

6) De hoc mariti beneficio plura pete ex Zas. *ad L. maritum* 12. *et seqq. D. sol. matr. et Lib.* 2. *sing. Respons. Cap.* 1. Petr. Barbosa *in d. L.* 12. *ipsi* 13. *et seq.* Cuiac. 24. *Observ.* 38. Ioan. Campez. *Tr. de dote Part.* 3. *Q.* 228. *et seqq.* Scipio. Gent. 1. *de do. inc. vir.* 34. Matth. Brun. *de Cessione bonor. Q.* 20. *quæstionis* 4. *principalis.* Et num marito putativo (exempli grat. cum matrimonium ob cognationem aliudve impedimentum non consistens de facto contractum) competat, Zas. *ad d. L.* 12. *et seqq. n.* 14. Fachinæ. 10. *Contr.* 30. qui negant, Facit *L.* 42. §. 1. *solut. matrim. Cap.* 1. ibi: totam dotem *de don. int. vir.*

7) Idem vero honor socero qui patri debetur, Langlæ. 7. *Semestr.* 3. *pag.* 313. Vid. *et* M. Anton. de Amatis *Decis.* 16. Idem in genero ac nutu affirmat A. Gentil. 4. *Lect.* 1. tum argum. *L.* 14. §. *ultim. de rit. nupt.* tum quia filius et gener æquiparantur, *L. si quis* 3. *Cod. de natur. lib.* Secus vero statuit idem in privignis cum Iasone et aliis.

8) Belle Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. ideo esse speciem fraternitatis, quia quod fratribus dat successio paterna et bonorum collatio, id sociis voluntas et contractus, dum sponte sua communicantes se sibi invicem in fratrum locum adsciscant. Societas voluntaria fraternitas; fraternitas necessaria societas, tantisper durans quandiu concordia etc. Collegas quoque, dignitatis vel officii communione socios, fratrum sibi invicem loco esse, belle ostendit Langl. 2. *Semestr.* 4. Unde idem ius quoad eos inferri fortasse an poterit.

9) Quod quidam protrahunt ad omnes eos, quos sine venia in ius vocare non licet (de quo *supr. lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 2. *N.* 22.) Vid. Hart. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 11. *et seqq.* Ac in domino ac vasallo idem statuit quoque Duar. *ad L.* 16. *h. t.* Nam et eundem egenum vasallus alere tenetur, Vid. Rittershus. *Partit. feud. Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 40.

10) Vid. Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 2. *de privileg. militum, Cap.* 19. Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 11. *quæstionis* 4. *principalis.*

11) Qui cessit, non qui cedit. Nam dum cedit bonis, nihil ei relinquitur, sed, ut loquuntur, cessio fit usque ad peram et sacculum, nec quidquam relinquitur præter camisiam et vestem pannicularem, qua corpus tegat, Coler. *Parte* 1. *Cap.* 6. *n.* 111. Gomez. 2. *Var. Resol.* 11. *n.* 65. etsi contra statuat Harpr. *ad d.* §. *ult. I. de act. n.* 9. *et seqq.* Cæterum qui cessionis bonorum materiam pernosse auet, adeat Matth. Brun. *Tract. de Cess. bonor.* Roder. Suarez. *in L.* 2. *Foro legum. Lib.* 3. *tit. de cess. bonor.* P. Gregor. 22. *Synt.* 8. et 7. seqq. Hotm. *Ill. Q.* 26. Forner. 2. *Select.* 27. Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 7. Covar. 2. *Var. Resol.* 1. Menoch. *Arb. Cap.* 183. Fachinæ. 13. *Contr.* 69. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 70. Trentacinq. *Lib.* 3. *Pract. Resol. Tit. de Solut. Resol.* 27. Coler. *de Process. Parte* 1. *Cap.* 3. *n.* 250. *et seqq. et Cap.* 6. *n.* 11. *et seqq.* Rulant. *de Commiss. Parte* 4. *Lib.* 9. *C. ultim.* Hering. *de Fideiuss. C.* 5. *n.* 96. *ac seqq.* Sneidvin. *ad* §. *ult. I. de act.* Wes. *Cons.* 50. Afflict. *Decis.* 378. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 36. *et* 182. Guid. Pap. *Decis.* 221. Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 21. P. Heig. *Parte* 1. *Q.* 25. *Consult. Sax. Vol.* 1. *Parte* 3. *Q.* 25. Simon Pist. *Cons.* 3. *Q.* 2. *Vol.* 1. Quædam etiam *infra N.* 15. 16. 18. 19. 22. *et* 26. Usurarius si bonis cedat, num huic beneficio locus? Vid. P. Gregor. *Lib.* 3. *de Usur. Cap.* 6. qui post multam disceptationem in affirmativam proclivis. Sed Alfons. Villagut. *de Usur. Q.* 31. *Concl.* 8. *n.* 58. *et seq.* contrarium probat.

12) Item qui coactus se immiscuit, ut restituat hereditatem: *L.* 5. §. *ult. Quod cum eo.* Idem in filiofamil. tutore *L.* 11. *de tut. et rat. distr.* Vid. A. Gent. 4. *Lect.* 1.

quod cum his contractum est, cum essent in aliena potestate. De quo extat edictum prætoris in *L.* 3. *D. quod cum eo.* hinc *L. et exheredatum.* 49. *inf. eod.* Ei qui bonis cessit hoc concedi propter bona amissa, testatur Iustinianus in *d.* §. *ult. inst. de act.* Consentaneum igitur ob hanc ipsam caussam idem tributum esse emancipato et exheredato. Et certe quandiu filius est in domo et familia patris, a patre alitur ita, ut ei nihil desit. Atque etiam peculium, quod ei a patre datur, habet pro suo patrimonio. At emancipatione et exheredatione defuncti patris hæc omnia amittuntur. Nam et post illa filius subsidium vitæ a patre iam nullum habet: et peculium superioribus duabus rebus esse desinit. *L. ult. D. quand. action. de pec. annal.* Hæ personæ si iam sigillatim enumerentur, efficiuntur ut dixi, numero ad sexdecim. Caussas beneficii huius genera suprascri-
4 pta declarabunt. Illud circa † has personas notandum est, non tantum his hoc beneficium tribui manente conditione propter quam beneficium tribuitur: sed etiam conditione mutata: dummodo conveniantur de eo quod stante illa conditione contraxerant. Utputa, maritus [13] non tantum in id quod facere potest, convenitur quandiu maritus est: sed etiam soluto matrimonio. *L. unica*, §. *cum autem*, *C. de rei uxo. act.* sed de dote, quæ non nisi contractis nuptiis esse incipit, et item de cæteris, quæ constante matrimonio contraxit, ut proximo capite dicetur. Similiter et socius non nisi societate distracta isto modo convenitur: quoniam actione pro socio mota solvitur societas. *L. actione*, *D. pro soc.* Quo exemplo et socer mariti quamvis affinitate dissoluta, non nisi quatenus facere poterit, convenietur: de quo dicam amplius ad *L. sed hoc ita*, 22. *inf. eod.*

Personis suprascriptis ita † hoc beneficium 5
tribuitur, ut ipsis tribuatur tantum, non etiam eorum heredibus: quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur, *L. maritum*, *et L. quia*, *seq. D. sol. mat. L. privilegia*, *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. iur.* Datur [14] tamen in actione dotis filiis mulieris, qui patri heredes exstiterunt. *L. etiam*, *D. sol. mat.* quia et liberi sunt eius, quæ agit, et præterea personam patris sustinent. In universum autem datur defensori. *L. aliæ*, *D. sol. mat. L. verum*, *in pr. D. pro soc.* propterea quod defendere est, eandem vicem quam reus, subire. *L. minor*, *in fin. D. de procu.* Ex his
omnibus sic † tribuitur [15] hoc beneficium, 6
marito, socero, et similibus, qui propter reverentiam sibi debitam conveniri non possunt, ut ne pactione quidem possit effici, ne iis eo beneficio, et defensione uti liceat: quia alioquin pactum sit contra bonos mores. *L. alia*, §. 1. *D. sol. mat.*

Nunc monendi sumus hoc beneficium supra scriptis personis non omnibus in caussis
tribui. Primum † nemo [16] hoc beneficio u- 7
titur, qui ex dolo, aut maleficio suo convenitur. *L. si rerum*, 52. *L. sed hoc ita*, 22. §. *ult. infr. eod. L.* 4. §. *quamvis*, *D. quod*

cum

13) Modo contractus eo constante initium sumpserit, Vid. *infra N.* 17. Quod memoria et honor prioris matrimonii, quo obligatio contracta est, exposcit, Cuiac. 2. *diff. Modestin. ad L.* 20. *hoc tit. pag.* 48.

14) Sive sui sint, sive emancipati, si a matre, non si a noverca. conveniantur P. Fab. *ad L.* 68. *de R. I.* Vid. et Gomez. *in L. Tauri.* 50. *et* 3. *seqq. n.* 49.

15) Ubi ratio, et quia decus matrimonii minuit, Gæddæus *ad leg.* 3. *pr. de V. S. n.* 40. Vid. Duaren. *ad d.* §. 1. fuse P. Barbosa *ibid.* Quid si iuramentum accessit? Idem est per *dict.* §. 1. verbis: *contra bonos mores.* Duar. *ibidem*, Vid. Gomez. *in L. Tauri.* 50. *et* 3. *seqq. n.* 49. Gutierrez *de Iuram. confirmat. Parte* 1. *Cap.* 16. *n.* 47. *et seq.* Zas. *ad L.* 12. *et* 7. *seqq Sol. matr. n.* 35. *et seq.* Dissent. Iac. Butrigar. *Tr. Renunciat. iur. civil.* Etsi autem aliorum renunciationem valere receptius sit, uti militis, socii, donatoris etc. Coler. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 122. de Clericis tamen diversum statuit, post Covar. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 9. P. Barbosa *ad d. L.* 14. ipsi 15. §. 1. *n.* 20. *et seq.* tum quod in iis ius publicum primario spectetur, *per L.* 1. §. 2. *de iust. et iur.* tum quod in opprobrium totius ordinis cedat, si ad mendicitatem eorum aliquis redigatur. Num autem iuri seu facultati cedendi bonis renunciari possit, gravis contentio est. Quod etsi crebriores Interpp. negent, teste Coler. *Parte* 1. *Cap.* 6. *n.* 39. *et n.* 86. Asin. *de Exsecut.* §. 2. *Cap.* 1. *n.* 5. Bronch. 4. *Enant.* 20. Gutierrez. *de Iuram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 18. Gail. 2. *de Pac. publ.* 2. *n.* 23. Tessaur. *Decis.* 36. *n.* 3. *et* 4. P. Barbosa *ad d. L.* 14. ipsi 15. §. 1. *n.* 48. *et seqq.* adeo ut plerique horum nec iuratam renunciationem valere velint, tanquam, ut Barbosa *d. loc. n.* 51. *ac seq.* bonis moribus adversa sit, nempe misericordiæ, caritati et affectui humanitatis; cum ea hoc agatur, ut nulla ratione debitor carcerem evitet, unde tamen creditori nulla utilitas. Contra tamen rectius Bald. et alii, quos refert Catellian. Cotta *in memoralib.* Verbo: *solvi non potest* et sequitur ac firmat Cov. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 7. *et in C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Parte* 2. *Relect. pr. n.* 20. *ac* Harpr. *ad* §. *ultim. Instit. de act. n.* 12. *et* 13. Nam et conventio, qua quis se ad carcerem adstringit, firma, ut not. *infr. ad L* 34. *N.* 1. Et hac ipsa conventione non tam se carceri obligat, cui legis dispositione sine consensu suo obligatur, quam speciale eum evitandi remedium abdicat. Unde et cessionis beneficium legibus provincialibus tolli potest. Sicuti et iure Hispanorum, Gomez. *in L. Tauri.* 79. Barbosa *dict. loc. n.* 53. Cessio hæc carcere non liberat. Ut nec iure Saxonico antiquo (hodieque iure Lubecensi *tit.* 3. *art.* 1) a traditione ad manus creditoris et præstatione operarum servilium, Coler. *de Process. Par.* 1. *Cap.* 6. *n.* 114. *et Decis.* 134. *n.* 49. Beust. *ad leg. admonendi.* 31. *de iureiurand. n.* 343. nec, postquam illa sublata, a carcere, *Novell. Electoral.* 22. *Part.* 2. Licet contra Coler. *decis.* 135. *n.* 10.

16) *L.* 52. *hoc tit. L.* 21. §. *ultim. Rer. amot.* Hinc dicitur *in L.* 20. *hoc tit.* ex aliis *contractibus* ut excludantur, delicta, Cuiac. 24. *Observ.* 38. *et* 2. *Diff. Modestin. ad d. L.* 20. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 24. Sic ex delicto ad pœnam pecuniariam obstrictus, cessione bonorum carcerem non evitat, sed in corpore luit, quod in ære non habet, vid. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 4. *principali. n.* 5. *et q.* 17. *dict. quæstionis* 4. Harpr. *ad* §. *ultim. I. de act. n.* 6. *et* 7. Anton. Faber. *C. suo tit. Qui bon. ced. defin.* 4. *et* 5.

cum eo. et in universum sic habendum est, nulli in maleficiis succurri. *L. si ex caussa*, *§. nunc videndum*, *L. auxilium D. de mino.* Excipiuntur tamen in hac specie, parens, patronus, patrona, liberi, parentesque patroni. *L. parens*, *L. licet*, *D. de obs. a lib.* eam ob caussam, quæ redditur in *L. liberto*
8 *eod. tit.* Quod ad contractus attinet †, certæ sunt personæ ex suprascriptis, quibus hoc beneficium certis tantum ex contractibus defertur. Nam et donator hoc iure solum utitur, cum ex donatione sua convenitur. *L. qui ex donatione*, *D. de donat.* *L. inter*, *§. is quoque eod.* et socius tum, cum convenitur iudicio societatis. *L. sunt qui*, *hic*, *§. antep. inst. de actio.* et emancipatus, itemque exheredatus, cum conveniuntur eius rei nomine quæ cum his, cum in potestate essent, con-
9 tracta est. *L.* 2. *D. quod cum eo.* Cæteris † personis hoc beneficium in contractibus omnibus datum est. Exemplo est maritus, quem constat non tantum dotis nomine in quantum facere potest, condemnari (quæ tamen caussa sola matrimonii propria est: ut quæ matrimonii tantum gratia contrahatur) sed ex aliis quoque contractibus. *L. patronus*, 17. *et L. non tantum*, *et LL. seqq.* Quod tamen sic accipiendum est, si aut conveniatur maritus constante adhuc matrimonio: quo tempore ex omnibus etiam ante contractibus, hoc beneficio uti potest: aut conveniatur quidem soluto matrimonio; sed de eo negotio quod contractum est manente personæ conditione, propter quam hoc beneficium tribuitur. Itaque si maritus, exempli gratia, quid contraxerit cum uxore matrimonio constante, semper de eo in id quod facere potest, condemnabitur. Sin soluto matrimonio aliquid gerat cum ea, quæ olim uxor fuit, in ea caussa erit, ut cesset beneficium. *L. divortio*, *D. de neg. gest.* Non abs re. Nam hic nec convenitur maritus, nec convenitur de eo, quod maritus contraxit. Plane si [17] maritus soluto matrimonio aliquid gesserit cum uxore quo veterem contractum solum confirmaret, non ut rem inchoaret novam: beneficium non amittet: ut si soluto matrimonio constituat id, quod an-

te contraxerat. *L.* 3. *D. de const. pec.* *L. qui id quod*, *D. de donat.*

Sed quibuscunque in caussis hoc † benefi- 10
cium propositum est, certis tantum conditionibus tribuitur. Et his quidem tribus: una est, si non is, qui convenitur, mentitus de sua conditione fuerit, propter quam hoc beneficium assequebatur. Si filiusfamilias, exempli caussa, contracturus cum aliquo mentitus sit se esse patremfamilias, ut eum ad secum contrahendum facilius induceret, in solidum damnabitur. *L.* 4. *D. quod cum eo.* Egregie illud dictum est, deceptis non decipientibus iura opitulari *L.* 2. *§. verba*, *D. ad Velle.* Altera conditio est, si [18] non qui convenitur, dolo fecerit, quominus facere posset. *L. si quis dolo*, 51. *inf. eod.* *L. verum*, *§. hoc quoque*, *D. pro soc.* L. *unica*, *§. cum autem*, *C. de rei uxo. act.* quippe semper pro possessore dolus est. L. *parem*, L. *qui dolo*, *D. de reg. iur.* Tertia est conditio propria sociorum, si socius se socium esse confessus sit, qui si [19] se socium negaverit, in solidum eum condemnari placet. L. *si unus*, 67. *in fin. D. pro soc.* L. *sed hoc ita*, 22. *§. ult. inf. eod.* Hoc, ut ante dixi, ita de sociis dictum est, ut non debeat ad cæteras personas transferri. Socius enim voluntate sua efficere potest, ne sit socius: certe societatem sociis renunciando eo modo socios suos a se liberat. *L. actione*, *§. diximus*, *D. pro soc.* At cæteri, puta maritus, aut miles dicendo se maritum, aut militem non esse, non faciunt, quo minus sint, quod se esse negant.

Iam quid † hoc beneficio contineatur, vi- 11
deamus. Et *facere*, præstare est. Posse † au- 12
tem quisque dicitur aliter per rerum naturam, aliter usu, et consuetudine sermonis. Natura is potest facere, qui habet in bonis, quod det. Quod enim habet quisque, re ipsa tradere potest; eo tradendo dominium transferre. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Atque ita solvit. Sed usu et consuetudine hominum loquendi, sive ratione civili posse is dicitur, non qui potest, nulla habita ratione honestatis et dignitatis suæ: sed solum qui honeste et salva dignitate potest, *L. nepos*, *D.*

17) Ita Cuiac. 24. *Observ.* 38. *et* 2. *diff. Modestin. ad d. L.* 20. nisi contractus post divortium habitus sit appendix, seu accessio obligationis principalis contractæ in matrimonio. Add. Anton. Fab. *ad d. L.* 35. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I. pag.* 167.

18) Hart. Hartm. *tit.* 18. *Obs.* 2. *n.* 10. Sicuti et qui fraudulenter sua alienavit, cessione escluditur, *L. ultim. §. ultim. Quæ in fraud. cred.* Gomez. *in L. Tauri.* 79. *n.* 2. *et* 2. *Resol.* 11. *n.* 52. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 28. *quæstionis* 4. *Principalis*, et citati, supr. *lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 18. *N.* 23. Et quod decoctores, qui malo more sua prodegerunt, cessio carcere non liberet, Benven. Stracoha *de Mercatorib. Tr. de Doctorib. Part.* 3. *n.* 9. Beust. *ad L. admonendi n.* 343. Cothm. *Iur. resp.* 19. *Vol.* 1.

19) Vulgo DD. eum qui debitum initio inficiatus, cedere bonis non posse convictum docent, Vid. Brun. *de Cess. bon. Q.* 2. *n.* 6. Damhuder *Praxi civil. Cap.* 70. *n.* 5. Quod refellit Harp. *ad §. ultim. I. de act. n.* 15. quia et iudicatur cedere potest, *L.* 1. *C. Qui bon. ced.* quem negasse necesse est, et Fachinæ. 13. *Contr.* 69. *per L. nemo.* 43. *pr. de R. I.*

D. de verb. sig. L. *filius D. de cond. inst.* Inde factum est, ut in condemnatione earum personarum, quæ in id quod facere possunt, condemnantur, [20] placeat ipsarum rationem haberi debere, ne egeant, L. *in condemnatione*, *D. de reg. iur.* L. *inter*, 19. *infr. eod.* idest, tantum deducendum esse, quantum condemnato sufficiat ad vitam et alimenta, ubi aliter suis operis se tolerare non potest, L. *cum ex caussa*, 30. *inf. eod.* L. *si quis a liberis*, §. *Divis*, *D. de agn. liber.* Hoc vero ex iure certo et constituto sumptum non est: alioqui Paulus in *d.* L. *inter*, *inf.* non diceret, *puto donatori non totum extorquendum.* Unde igitur? ex significatione nimirum et usu verbi, *posse.* Nam qui ita potest, ut nihil postea reliqui habeat ad victum; huic necesse est aut mori, aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere, quorum nihil salva dignitate fieri potest, proinde ne fieri quidem posse videtur: eoque nec illud, per quod ad ista pervenitur, nempe solidum quod habent solvere. *d.* L. *filius*, *D. de cond. inst.*
13 Quo intellecto recte † definiemus omnem facere posse, qui habet in bonis quod præstet, sed deducto prius, quantum illi ad victum sufficiat, ac si quis quid habet deducto eo, ne negat, certum est eum, id facere posse. Itaque etiam facere posse quisquis æstimandus est, qui potest ab alio actione consequi. L. *facere*, *D. sol. mat.* idest, quod est in actionibus et petitionibus. Nam et hoc in bonis cuiusque numeratur. *L. bonorum*, *D. de verb. sig.* Sed hactenus non ut cogatur præstare quod agendo potest consequi, sed ut cedere actionem habeat necesse: ac cedendo eam liberatur. L. *si maritus*, 43. *D. sol. mat.* quippe hanc vere solum habet. Huc facit *L. quod debetur*, *in fin. D. de pec.* Illud inter
14 omnes † non convenit, an in condemnatione earum personarum, quæ in id, quod facere possunt, condemnantur, nemo facere posse existimandus sit, nisi qui posset deducto eo, quod satis sit, ne egeat. Fuerunt enim [21] qui putarent, hanc deductionem certis tantum personis concedi, puta donatori, patrono, parenti, et si quæ sunt similes personæ, quæ ali ab actore debeant: coniectura ducti ex L. *cum ex caussa* 30. *infr. eod.* sed præcipue §. *item de dote*, *Inst. de action.* quorum locorum in altero non omnibus generaliter hæc deductio tribuitur, sed donatori nominatim: deinde subiiciuntur hæc verba; *quod ipsum maxime et inter parentes et liberos observandum est.* In altero traditur maritum, qui in eodem numero cum superioribus non est, eatenus condemnari debere, quatenus facultates eius patiuntur, idest, ut interpretantur, in solidum, quantum est in debitoris bonis. Quæ sententia optimæ parti interpretum merito displicuit. Nam qui locus huius rei definitionem ex professo habet, nempe. L. *in condemnatione*, *D. de reg. iur.* in eo scriptum est, hanc deductionem fieri in condemnatione non huius, vel illius, sed generaliter in condemnatione earum personarum, quæ in id, quod facere possunt, condemnantur. Quem ad locum eludendum ingeniosa quorundam responsio exauditur, qui dicunt, quod illic generaliter et infinite scriptum est, ad donatorem et similes personas esse revocandum, quippe L. *in condemnatione* sumptam esse ex *Lib.* 6. *Pauli ad Plautium*, inde et *L. inter*, 19. *inf. eod.* Porro constare in *d. L. inter*, Paulum de donatore tantum, patre, patronoque scribere, quibus hoc tribuat, ut eorum ratio habeatur, ne egeant. Quasi vero quidquam prohibeat, quod de suprascriptis personis a Paulo scriptum est, postea generali definitione ab eo ad cæteras personas, quæ in id, quod facere possunt, conveniuntur, esse translatum: aut quasi necesse sit, quia de tribus istis personis scribitur in *d.* L. *inter*, ideo omnia, quæ de hoc genere personarum a Paulo scripta sunt, eo fragmento contineri. Quod igitur generaliter de toto genere earum personarum definitum est in *d.* L. *in condemnatione*, id accipimus, idque ita faciendum est, nisi si usquam in alia specie nominatim id mutatum legimus, quod nusquam reperietur: certe ab istis non probatur. Adde iam superiori definitioni usum et significationem verbi, *posse*, de qua dixi: quæ ut maxime nihil a veteribus iurisconsultis hac de re definitum esset; tamen hanc interpretationem a nobis exsprimeret. Sed præcipue confirmatur, in omnium persona hoc deductionis genus, exemplo eius, qui bonis cessit. Is convenitur in id solum, quod facere potest. L. 4. *D. de cess. bon.* at quomodo? nempe ita, ut non totum illi extorqueatur, quod habet, sed semper ei quotidiana alimenta relinquantur. L. 6. *D. de cess. bon.* Si extraneo, et ei, cui nihil debemus, hoc bene-

ne-

20) Nec necessaria solum alimenta, quibus vita sustentari potest, sed et ratio dignitatis vel conditionis personæ debitoris in definiendis alimentis habetur, cum lautioribus cibis nobilem quam rusticum vesci oporteat etc. De quo Adamant. Dionisius *de Divisionib. act*, *Q.* 4. Tiraquel. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 143. *et seq.* Hart. Hartm. *tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 3. *et seqq.* Coler. *Parte* 2. *Cap.* 3. *n.* 115. *et seqq.*

21) Hot. 6. *Observ.* 17.

neficium damus: quanto magis fratri, socio, marito, uxori idem tribuendum est? Postremo hoc recte dicitur, iis, qui in id, quod facere possunt, pro beneficio conveniri iubentur, aut hoc tribuendum esse, ne solidum ab iis exigatur, aut plane nullum esse hoc beneficium. Quid enim cæteri omnes debitores, quibus item non tribuitur, pati possunt durius, quam ut solidum iis extorqueatur? An quidquam vero ultra quam possunt, his detrahi potest? Scilicet in carcerem duci possunt, nisi solidum solvant, etsi id facere non possint: hoc non ita est. Non enim ducuntur, si bonis cedant. L. 1. *C. qui bon. ced. poss.* At saltem bonis cedere coguntur, dixerit aliquis: quod non item facere cogantur ii, qui in id, quod facere possunt conveniuntur. Quid tum postea, si utrisque pariter quod habent extorquetur? An durius videtur bona extorqueri volenti, et bonis cedenti, quam invito, nec cedenti? At hoc ipsum [22] turpe est, bonis cedere. Ergo vero quæ turpitudo sit id facere, quia opprimaris ære alieno, potius quam aliis casibus humanis bona amittere, non animadverto. Scribit Cicero *in oratione pro P. Quintio*, bonorum distractionem sub actione pati, turpe esse, ubi vox præconis de te non minus, quam de bonis tuis prædicet (quanquam hoc miserum et luctuosum magis, quam turpe) illud nusquam legimus, turpe esse bonis cedere: quod etiam pro summo beneficio reis datum est. Quid si etiam ei cui nihil in bonis ad victum relinquas, mitius est, et optabilius in carcerem duci, quam non duci? Nam ei, qui in carcere non sit, si quidem omnia, quæ habet, extorquentur, nihil relinquitur, nisi ut illi fame sit pereundum, ubi scilicet nemo eum alere cogatur; quod aliter evenit ei, quem creditor in carcerem ducendum curaverit: ibi enim a creditore ali debet ex lege XII. tab. quæ iubet victum subministrari ad certum modum ei, quem in vinculis detineas: ut Gellius legem refert *Lib.* 20. *Cap.* 1. Vere igitur, ut supra posui, hoc dicitur, nullum esse hoc beneficium in id, quod facere possis, conveniri, si quibus hoc tribuitur, solidum nihilominus, quod habent extorquere liceat. At beneficium id esse constat, omnibus quibus datum est, humanitatis caussa tributum atque ita, ut personæ beneficium sit, non caussæ. *L. quia tale*, *D. sol. mat. L. exceptiones*, 7. *D. de excep.* Quare id ita accipi necesse est, ut quibus id tribuitur, his non solidum quod habent, extorquendum sit, sed quod ad victum sufficiat, relinquendum. Et quid, quæso, contra ad rem facit, quod in *L. cum ex caussa*, 30. hoc beneficium deductionis nominatim donatori tribuitur, adiiciturque id ipsum maxime et inter parentes et liberos esse observandum? An non potius hoc, maxime, declarat et adverus cæteros, qui iubentur in id solum quod facere possunt, conveniri, idem observandum esse: sed maxime adversus parentes et liberos? Sed nec illud movere nos debet, quod in §. *item*, *si de dote*, *Inst. de act.* de marito scriptum est, condemnari hunc debere, quatenus facultates eius patiantur. Hoc enim bene vulgo dicunt idem esse, quod facere possumus, et quod facultates nostræ patiuntur, quod ubi melius probetur, quam in eo ipso §. *item*, *si de dote.* In quo Iustinianus cum proposuisset maritum eatenus condemnari debere, quatenus facere possit, id ipsum interpretans continenter subiungit, idest, *quatenus facultates eius patiuntur.* At enim, dicet aliquis, facultates cuiusque intelliguntur ea, quæ habet in bonis etiam non deducto eo, ne egeat. Hic ego probationem requiro: id vero non concedam. Quoniam si facultas a faciendo dicta est, ut sit quasi facilitas ad faciendum quid; id autem solum facere posse existimandi sumus, quod salva vita et dignitate possumus: adeo ut ne cogamur egere, idest, mori, aut mendicare, aut turpe aliquod lucrum sectari: est quod statuamus, nullius facultates pati, nisi quod potest deducto eo, ne egeat.

Num quod † quisque facere potest, et 15
ipsum æstimandum sit deducto prius ære alieno, quæsitum est: idest, an ita æstimandum, ut ante omnia æs alienum debitoris, id est, quod ipse debet alii, in hac æstimatione facienda deducamus. Si hoc deducto aliquid erit in bonis, etiam illud secundo loco deduca-

22) Immo etsi iuris, non tamen facti ignominia cessat; Vid. *not. supr, lib. Civil. Comment.* 18. *Cap.* 6. *N.* 9. Forner. 2. *select.* 27. Fopp. *ab Aezema* 1. *Disert.* 21. *sub fi.* Quin pluribus locis contumeliosi cessionis huius ritus recepti. Sicut in Francia præsentes in iudicio, aperto capite discincti, sive adiecta zona cedere coguntur, Forner. *L. doc.* Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 70. *n* 15. Pluribusque Italiæ locis obæratus in loco publico nudus natus ter ad lapidem vel columnam percutit, clamitando *cedo bonis*, Matth. Brun. *Tr. de Cess. bonor. Q.* 6 *principali n.* 5. Romæ Leonem marmoreum adscendit, qui est in pede scalari Capitolii, natibus percussis, eadem verba proferens, Rod. Suarez. *in L.* 2. *foro legum Lib.* 3. *de Cess. bon. in pr. n.* 15. Brun. *d. n.* 5. Patavii lapidi turpitudinis, seu vituperii qui dicitur, posteriora denudatus insidet, Aug. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via iur. Cap.* 26. *n.* 6. Hilar. Biremaier. *de Arte apodemica.* Simile in Sabaudia Constitutione Ducis Amadei obtinet, Tessaur. *Decis.* 36. et Statutis Mediolanensium Horat. Carpan. *Stat. Mediol. C.* 408. Cuiusmodi leges municipales ob abusum decoctorum haud temere latas esse censet quoque Me *Par.* 17.

ducamus, quod satis sit debitori ad alimenta quotidiana. Quod si his detractis, etiam aliquid in bonis supererit, tum id esse definiamus, quod debitorem facere posse dicimus, et quatenus potest conveniri. Et verbi significatio atque usus hanc ipsam deductionem admittere videtur. Quid est enim id, quod reus facere potest, nisi id, quod Iustinianus interpretatur in *d.* §. *item si de dote*, *Inst. de action.* in id, quod reus habet in facultatibus? Proinde in id quod habet in bonis. Nam bona et facultates idem declarant. *L. nam quod in fin.* iuncta. *L. cogi*, *D. ad Treb.* Porro bona cuiusque intelliguntur ea, quæ supersunt deducto ære alieno. *L. subsignatum*, §. *bona*, *D. de verb. signif.* L. *mulier*, *D. de iur. dot.* Quo fit, ut et quod quisque potest facere, id intelligatur esse, quod deducto ære alieno potest. Et dubitandum non puto quin servari id oportuerit, nisi aliud de voluntate legis aperte constaret. Nunc autem nominatim aliter constitutum est eo iure, quod de hoc beneficio cautum est. Placuit enim istos, de quibus agimus, conveniri in id quod facere possunt, nominatim hoc addito, non deducto ære alieno quæ adiectio omnem dubitationem sustulit. Et ideo Paulus in hac *L. sunt*, *qui*, postquam dixerat, *sunt qui in id quod facere possunt*, *conveniuntur*, adiecit; *idest*, *non deducto œre alieno*: quæ exceptio esset stulta, nisi superioribus verbis hæc contineretur, ut æs alienum deduci oporteret. Cur enim de aliqua oratione quid excipias, nisi, quia non exceptum continebatur? Quærendum igitur, quid
16 † hac de re constitutum sit iure. Et aliud [23] de donatore placuit, aliud de cæteris, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur. De
17 donatore ita † ius est. Est aliquod æs alienum, quod deducere non possit: est quod possit. De quibus donator ex eadem caussa aliis obstrictus est, ea deducere non potest. *L. qui ex donatione*, *D. de don.* Ex eadem caussa, ex simili accipimus. Hoc enim est, quod aliis verbis exprimitur in *L. inter*, 19. *infr.* et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis potior erit caussa. Ideo enim occupantis potior caussa, quia is totum, quod est, occupat, ac pro cæteris nihil deducitur. Similem [24] autem caussam interpretor, non caussam donationis tantum: sed omnem ex qua donator in id tantum quod facere potest, convenitur. Ut puta: est aliquis, qui multis multa promisit donationis caussa. Idem uxorem habet, et uxori debet, habet liberos, et debet liberis, habet libertum, et liberto debet. Convenitur ab uno ex iis, quibus donationis caussa promisit, et ad rem iudicatam ventum est. Aio hunc non modo non posse deducere æs alienum, quod debet aliis, quibus ex caussa donationis obstrictus est: sed nec quod debet supra scriptis personis, a quibus non nisi in id, quod facere potest, convenitur. Est enim omnium creditorum caussa in hoc saltem similis, quod omnes pariter solidum exigere non possunt, at de eo nunc agitur. At cur putem donatorem nihil posse deducere eorum nomine, quibus in id solum, quod facere potest, tenetur, non magis, quam eorum, quibus ex donationis caussa obstrictus est, adducor his argumentis. Ut possit donator æs alienum deducere, ideo ei concessum est, ne ex sua liberalitate inops fieri periclitetur, ut est in L. *ne ex sua*, 50. *infr.* Itaque si quando cessabit hoc periculum, consequens est deducere eum nihil posse. L. *quod dictum*, *D. de pac.* At agentibus postea quibuslibet creditoribus, qui solidum exigere non possunt, non est metuendum donatori, ne egeat: quoniam, quod illi ad alimenta sufficiat, ab istis extorqueri non potest. Nihil igitur caussæ est, cur quod his donator debet, deducat invito eo creditore, qui sententiam prius occupavit. Deinde si donator non deducet, quod his debet, qui solidum non extorquent, horum solum detrimentum est, non donatoris, qui nihilominus semper, quod satis sit ad victum obtinebit. Lex autem solum in hac caussa donatori consultum voluit, non creditoribus. Quo fit, ut eorum creditorum ratio etiam voluntate legis nequaquam haberi debeat, dum res salva sit donatori, ne periclitetur. Sed hæc de his creditoribus dicta sunt,

23) Incivile enim est illiberaliter et avare agere cum eo, qui vere liberalis fuit, Harpr. *ad* §. 38. *I. de act. n.* 9. Nec malo ei esse benignitas debet, si occupante agere donatario ipsi prius satisfacere teneretur, quam veris creditoribus, cum non sit verus creditor, Cuiac. 2. *diff. Modestin. ad L.* 29. *h. t.* Quin nec in præiudicium creditorum liberalitas debitoris vergere debet, sed de suo quemque largiri oportet, Vult. *ad* §. *sunt præterea* 36. ipsi 32. *et seqq. I. de act. n.* 9.

24) Minuenda hæc Donelli opinio. Potius enim satiusque est, ut verba *simili caussa d. L.* 19. interpretemur, *ex d. L.* 12. de donat. *ex eadem caussa*, cum et illic oppositio fiat eius, quod creditoribus debetur, et ad quod ex donatione quis obstrictus. Creditores sunt non minus veri, socius, coniux, parentes etc. etsi solidum non exigant, *L.* 49. *in fin. h. t.* At cui liberalis promissio facta, non ita verus creditor est. Quare donatarius nihil consequi debet, nisi illis dimissis, Pac. 4. *Enant.* 56. Ræv. *ad L.* 28. *de R. I.* Iniquum enim caussam lucrativam potiorem esse onerosa, et sola præventione donatarii captiosa excludi eos, qui de damno solliciti. Durum insuper, reum ex liberalitate conventum compelli, ut illius cupiditatem magis expleat, quam aliis coniunctis, ex. gr. fratri, socio etc. Marito, fidem contractus mutuam præstet.

sunt, quorum similis est caussa, et conditio in exigendo: idest, qui similiter, ut donatarius solidum exigere non possunt. Aliud †
18 placuit de iis, qui exigere solidum possunt, quod his debetur. Id vero donator potest deducere. Hoc illud est, quod in L. *qui ex donatione*, *D. de don.* scribitur his verbis: *sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum.* Nam creditores ibi dici, qui vere et cum effectu creditores sint non tantum iure civili, sed etiam solidum exigendi facultate, sequentia liquido ostendunt. Subiicitur enim deinde: *hæc vero de quibus ex eadem caussa quis obstrictus est, non debebit detrahere.* Non dubium quin et illi creditores sint, quibus quis ex eadem caussa est obstrictus, et tamen quod his debetur, negat Ulpianus deduci. Quid sibi vult igitur, quod prius dixerat, quod creditoribus debetur, detrahendum? Nempe ii creditores ab eo non appellantur, quibus ex eadem caussa cum donatione debeatur: scilicet quia non proprie, non cum effectu creditores habendi sint, qui solidum ab invito auferre non possunt. At enim in *L. inter*, 19. §. *is quoque* et in *L. et exheredatum*, 49. *infr. eod.* item in *L. maritus*, 54. *D. sol. matrim.* magno consensu traditur donatorem conveniri, deducto omni ære alieno. Sed quod de creditoribus modo diximus, hoc idem et hic de ære alieno respondendum est: æs alienum nimirum hoc loco proprie dici id, quod solidum possis a donatore exigere, hoc vero ab illo deduci posse: quod in alia caussa sit, non posse. Et sane prope est, ut non debeatur, eoque non sit in ære alieno, quod dare quis, nisi velit, cogi non possit; Arg. L. *sub hac*, *D. de oblig. et act.* Et quid aliis argumentis in hac re opus est, si probatur Paullum superioris definitionis de omni ære alieno deducendo auctorem (nam suprascripti tres loci, in quibus ea definitio legitur, omnes Paulo adscribuntur) si probatur, inquam, Paullum in ea definitione id ipsum æs alienum intelligere, quod modo dixi, idest, quod plane et cum re exigi a donatore potest? Id vero satis probat contextus *d.* L. *inter*, §. *is quoque*, *inf.* Nam cum prius scriptum esset, donatorem, in quantum facere potest, condemnari, et quidem eum solum deducto ære alieno: continenter subiicitur: *et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis potior erit caussa*, quod plane nihil aliud declarat, quam donatorem ita posse deducere, quod aliis debeat, si modo vere et cum solvendi necessitate debeat: cæterum si quid aliis eiusdem conditionis creditoribus, debeat, a quibus videlicet ultra quam facere possit, conveniri non potest, id vero eum deducere non posse; 25 alioqui non esset occupantis potior caussa. Perspicuum est autem, cur prioribus donator possit detrahere; posterioribus autem quod debetur, non possit. Nam nisi deducit, quod iis debet, qui solidum exigere possunt, non erit illi consultum adversus inopiæ periculum, quod ei constitutiones amotum voluerunt. Futurum est enim, ut creditores, quibus solidi exactio est, postea agentes etiam quod illi ad victum relictum erat, extorqueant. Hoc periculum metuitur ab iis, qui supra quam reus facere potest, petere non possunt: cum si postea adversus donatorem agant, cogantur et ipsi relinquere ei, quod satis sit ad vitam tuendam. Hæc de donatore. De cæteris, † qui in id, quod face- 19
re possunt, conveniuntur, ita in universum recte definiemus, omnes nullo deducto alieno ære conveniri. Id quidem satis aperte declaratur in L. *inter*, §. *is quoque*, *infr.* cum dicitur, solum donatorem condemnari deducto ære alieno. Quid, quod de patrono diserte scriptum est, damnari hunc nullo deducto alieno ære? L. *et exheredatum*, 49. *inf. eod.* Si hoc in patrono valet, quanto magis valere debet in cæteris? Itaque non dubito, quin idem in filio emancipato, aut exheredato probandum sit. De exheredato quidem hoc Paullus non obscure confirmat in *d.* L. *et exheredatum*, cum ait ei quoque ad similitudinem *viri*, et *patroni* detrahendum. Id enim valet, *hunc, si velit quid detrahere, ita detrahere posse, ut patronus* detraheret, non aliter: id autem est, nullo deducto re alieno. Nam hoc iure maritum et patronum uti in hac detractione, prius scripserat. Sed Ulpianus † 20
in emancipato et exheredato videtur dissentire in L. 3. *D. quod cum eo.* Nam si qui sunt, qui postea quam filius sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, ait se putare horum rationem habendam: quod significat detrahi posse, quod his debeatur. Nam de eo Ulpianus initio quæsierat. In quibus conciliandis non satis attente meo iudicio, vulgo faciunt, qui rationem afferunt, cur liceat emancipato detrahere, quod aliis debet, adversus eos qui cum eo, cum adhuc

25) Sed facilis responsio. Posterius venientis caussa diversa, si scilicet et hic æque ex donationis, non si ex onerosa caussa convenit.

huc in potestate esset, contraxerunt, potius quam cæteris, quibus idem beneficium lege datur. Non enim animadvertunt, hac ratione confirmare se emancipatum aliquod æs alienum deducere: quod prius negabamus: ita antinomiam hoc modo constituunt, non tollunt. Puto recte dici emancipatum aut exheredatum, uno agente ex iis, qui cum eo, cum alienæ potestatis esset, contraxerunt, non posse deducere ne id quidem, quod iis debet, cum quibus post emancipationem aut mortem patris contraxit. Sed nihilo secus istorum, qui postea contraxerunt, ratio habenda erit, ut dicitur in *d.* L. 3. At quomodo habebitur? Eo modo scilicet, quo significat Ulpian. *ibidem*: nempe ut haberetur ratio privilegiariorum: non deducente nimirum ipso emancipato, quicum agitur: sed ita, si ipsi creditores ultro veniant, et postulent se aliis creditoribus præferri: hic enim haberetur privilegiariorum ratio, de quibus illic Ulpianus prius scripserat. Ideo autem his venientibus, ipsorum ante cæteros ratio habetur, quia eius, qui cum filiofamilias contraxit, nullum damnum est, si ab eo sui iuris facto non consequatur, quod sibi debetur: propterea quod item creditor et cum aliis, quam cum emancipato, eo nomine agere possit: nempe de peculio intra annum cum iis, ad quos peculium pervenit. L. 1. *D. quan. ac. de pec. an. sit.* Quid ergo, si nullum peculium sit apud patrem aut heredes eius? Fortasse non male dicetur, hactenus posteriorum habendam esse rationem, ne is, qui prius contraxit, et ad sententiam prius pervenit, alioqui afficiatur incommodo. De quo tamen certi et constituti iuris nihil habeo. Hanc quidem sententiam æquitas suggerere videtur, etsi iure stricto deficiamur. Licet enim nobis in hac re usurpare idem, quod in re non dissimili Ulpianus idem scripsisse legitur in L. 2. §. *quanquam*, *D. de aq. et aq. plu. ar.* Ex his, quæ supra diximus intelligi potest, quid sit, quod in L. *inter*, *infr. eod.* Paulus ait, inter eos, quibus ex eadem caussa debetur, occupantis meliorem esse conditionem, nec deduci, quod eiusdem conditionis hominibus debetur. Sed de eo illic amplius dicendum est.

21 Quæsitum est, quibus † ex bonis deducere possit reus, quod ad victum sufficiat, ex suis ne, an ex alienis, quod maxime propter maritum quæsitum est, a quo res dotales repetuntur, quarum restituendarum habet facultatem. Sunt enim, qui putent, etsi ille eas habeat, si tamen nihil præterea habeat in bonis, deducturum eum ex iis rebus, quod ad alimenta quotidiana sufficiat: quia et in L. *maritum*, *D. sol. matr.* et in *L. unica*, §. *cum autem*, *C. de rei ux. act.* scriptum sit, quibuscunque de rebus conveniatur maritus, in id quod facere potest, condemnari eum debere. Ego autem ita statuo, unumquemque quod illi ad victum deducere permittitur, ex suis bonis deducere posse; ex alienis autem non posse. Nam cur alatur ex alieno, domino invito? Nulli mortalium ius suum detrahi debet. L. 2. *D. de iis, qui sunt sui, vel ali. iur.* Relinqui potest unicuique, quod eius sit, etsi forte alteri tantundem debeat. Alteri autem adimi, quod reo tribuas (utar hic Ciceronis verbis ex *Lib.* 1. *de offic.*) tantum abest ab officio, ut nihil magis officio possit esse contrarium. Huius autem rei in specie proposita argumentum est, quod si a donatore res donata vindicetur: hanc ille si apud se habeat, omni modo restituere cogatur. L. *Nesennius*, 41. §. 1. *inf. eod.* Cur ergo hinc non deducit, ne egeat? quia res aliena est nimirum, non donatoris: neque vero eum ex alieno ali decet. Ergo et † maritus si de re- 22
bus dotalibus conveniatur, easque habeat, de his in solidum condemnandus est. Etenim si aliis in rebus suis habet unde vivat, solidum facere potest, eoque citra controversiam est in solidum condemnandus: si non habet, intelligere debet res alienas a se peti; de quibus ut alatur, postulare non debet. Sunt enim res dotales natura mulieris, etsi constante matrimonio existimentur in bonis mariti fuisse. L. *quamvis*, *D. de iur. dot.* L. *in rebus*, *C. eod.* Non † me movet, quod sine 23
exceptione dicitur, maritum condemnari in id, quod facere potest, quacunque de re conveniatur. Nam primum dici potest, in constitutione Iustiniani, scriptum id esse de actione, qua agitur de iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ut verba videntur significare: atque has res statim mariti fieri constat, quæ ita dantur, ut quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat. *L. res in dotem*, *D. de iur. dot.* Deinde etsi omnibus de rebus id dictum esse fateamur: tamen non ideo efficitur, maritum ex ipsis rebus dotalibus ali debere. Condemnari debet, in id quod facere potest, idest, deducto eo, ne egeat, sed hoc quæritur, id quod ad eam rem deducere postulat, unde sumere et deducere debeat? nos dicimus ex suis facultatibus deducere eum debere, non ex alienis, quod est æquissimum: neque Iustiniani constitutio refragatur.

Habes, quid sit facere posse, et quibus re-

rebus deductis, et unde deductis, sit æstimandum. Nunc considerandum est, quam vim habeat id, quod dicimus nonnullos hactenus conveniri. Hoc enim verbo Ulpianus utitur in hac L. *sunt qui*, et in *L. qui ex donatione*, *D. de donat.* item Paulus in *L.*
24 *Nesennius*, *in princ. inf. eod.* Conveniri † aliquem in id, quod facere potest, duo continet. Unum, ut si supra scriptis rebus deductis aut nihil potest reus, aut minus potest, is in id, quod non potest, non queat conveniri. Quæ res facit, ut si in solidum conventus ab initio, hac exceptione usus sit, ut diceret se solidum facere non posse, eatenus solum, quatenus potest, condemnari debeat. Quod usque eo probatum est, ut si vel omissa hac defensione, vel opposita quidem, sed a iudice contempta, reus in solidum sit condemnatus, placeat nihilominus eum, cum iudicati convenietur, doli exceptione uti posse, eaque tutum fore, qua de re pluribus dicam ad *L. Nesennius*, *§. ultim. inf.*
25 *eod.* Alterum † iisdem verbis perspicue demonstratur, si quid supra scriptis deductis rebus, reus facere possit, etiam si solidum, in solidum quoque eum conveniri posse. *d. §. item, si de dote*, *Inst. de act.* Quod adeo verum est, [26] ut possit non semel eo nomine conveniri: sed sæpius; denique eo usque donec reus creditori satisfecerit. Utputa, maritus conventus ideo absolutus est, quia in præsentia facere non poterat. Auctis postea eius facultatibus ita, ut possit facere, de reliquo recte cum eo agetur. *L. unica*, *§. cum autem*, *C. de rei uxoriæ actione.* Cui congruit, quod de actione de peculio scriptum est, in *L. quæsitum*, *§. is qui semel*, *D.*
26 *de pecu.* Ex quo [27] apparet † dilatoriam esse hanc exceptionem, et temporalem, non peremptoriam et perpetuam: postquam actionem non perimit, sed differt tantum in id tempus, quo reus facultatibus auctus fuerit.

Et est quidem in utroque horum minus dubii, quid sequatur iudex, vel ut in solidum condemnet, et a condemnato solidum extorqueat, vel ne condemnet, vel ne solidum extorqueat, si in eodem iudicio omnibus temporibus iudicii constanter reus aut pariter solidum facere possit, aut pariter non possit. Sed fieri potest, ut in eodem iudicio pro tempore varie mutentur facultates eius, et nunc solvendo sit, qui ante non fuerat, aut qui fuit initio, is postea solvendo esse desinat. Quod si eveniat, res incidit in difficultatem, dum quæritur, quodnam hic tempus iudicem sequi oporteat, vel ad condemnandum reum, vel ad summam condemnatione comprehensam exigendam: utrumne id omne, quo reus solvendo non est, vel ante non fuit; an præsens, sive reus eo tempore 27
solvendo sit, sive non sit. Et † ius hic [28] constitutum est, quatenus reus facere possit, tempus rei iudicatæ spectandum esse. *L. rei iudicatæ. 15. D. sol. matrimon. L. verum*, *§. tempus*, *D. pro soc.* Unde intelligitur, si tempore rei iudicatæ solidum facere possit reus, ipsum in solidum esse condemnandum, quamvis quo tempore iudicium acceptum est, non fuerit solvendo. Sed etsi recte in solidum sit condemnatus, quia tum solidum facere poterat, deinceps iure et iudicati actione in solidum conveniri posse, quamvis inter moras solvendo esse desierit. Nisi quis hic dicat non esse imputandum reo, si intra tempus iudicatis constitutum, non solverit, et interim facultates amiserit: ideo et illi in iudicati exsecutione consulendum esse, ne egeat, sed hoc licebit referre ex adverso, quod in re non dissimili Papinianus respondit in *L. 3. prim. resp. D. de usur.* eam temporis intercapedinem iudicato dilationem dare, non lucrum afferre debere. Qui sententia victus est, posse hunc intra legitimum tempus non solvere; sed si non solverit, non ideo ulla ex parte iudicati obligatione liberari posse. Ex contrario si tempore rei iudicandæ reus solvendo non est, eatenus solum damnandus est, quatenus tum potest facere, etiam si tempore litis contestatæ solidum facere potuerit: quod nisi fit, sententia iudicis beneficium lege tributum condemnato non auferet, ut iam dixi, et amplius dicendum est, ad *d. L. Nesennius*, *§. ultim. infr.* Quid si reus in id quod tempore rei iudicatæ facere poterat, condemnatus sit, quo tempore solidum non poterat; postea auctus facultatibus incipiat so-

26) Quomodo et cessio bonorum obligatione non liberat, *L. 1. C. qui bon. ced.* Uude cautionem ab his personis exigi posse docent, qua recipiat se soluturum, si ad pinguiorem fortunam pervenerit, per *C. Odoardus*, 3. *de sol.* Hart. *d. Obs.* 2. *n.* 9. Harpr. *ad §. ult. I. de act. n.* 3. P. Fab. *ad L.* 28. *de R. I. pag.* 165. *in fin.* Vid. Hering. *de fideiuss. Cap.* 5. *n.* 83. *et seqq.* Studiosus si post cessionem libros emerit, quod ei non sint auferendi, Rebuff. *Privileg. schol.* 112. Horat. Luc. *Privileg. schol.* 31. Cæterum si quis ex delicto, dum in ære non haberet, in corpore luit, et lautioris postea fortunæ effectus, non tenetur ad pecuniam, loco cuius pœnam sustinuit, Cornel. Benincasius *de Priv. paupertatis speciali* 8. *in iudiciis n.* 12. *et seq.*

27) Vid. *supr. Lib. Civil. Comment.* 22. *C.* 8. *n.* 5. *ibique N.* 20.

28) Diss. Alb. Gent. 4. *Lect. et Epist.* 1. docens, spectari tempus rei indicatæ, scilicet exsequendæ. Ut si qui tempore sententiæ latæ non fuit privilegiatus, postea fiat, iudicati actio in solidum non teneat.

lidum facere posse, quo tempore cum eo agitur iudicati? Consequens est superioribus illum ex ea condemnatione non nisi in id quod tum facere potuit, conveniri posse, sive quod dicamus spectandum esse tempus rei iudicatæ: sive quod non possit iudicati actione peti, quod sententia iudicis non sit comprehensum. Sed iudicati, inquam, actione petitor solidum exigere non poterit ab eo, qui in solidum non est condemnatus. Cæterum nova interpellatione et novo iudicio id persequi, quod deest, non prohibetur, ut supra diximus, quod non mutatur in *L. nec maritus*, *C. sol. mat.* cum ita scribitur, *nec maritum postea idoneum factum, qui non reddiderat reliquum residui probabiliter solutionem re-*
28 *cusare*. Enimvero cur † hic tempus conde-
mnationis spectandum esse placet potius, quam
29 litis contestatæ: præsertim cum † in actione
negotiorum gestorum, quæ adversus pupillum
institutur, de eo, in quo ille locupletior est
factus, item in rebus uxori donatis condi-
cendis, quatenus illa locupletior ex ea do-
natione facta est, placeat contra, litis con-
testatæ tempus non rei iudicatæ spectari de-
bere, cum quæritur, utrum hæc, aut ille
locupletiores facti sint? *L. litis*, *D. de neg.
gest. L.* 5. §. *ult. et duabus LL. seqq. D.
de don. int. vir. et uxo.* Nempe, [29] quia
30 † multum interest (et eadem distinctione usum video Bartolum, licet aliis verbis ad *L. si a domino*, §. *pen. D. de her. petit.*) utrum lege actio constituatur in aliquem hac conditione, si quid habet, si qua in re locupletior est; an actione iure in solidum constituta, sic ea temperetur, ut placeat eum, cum quo agitur, quatenus habet, esse condemnandum. Prius cum statuitur, verba legis faciunt, ut an conditio exstiterit necne, initio litis quærendum sit, quia nisi tum exstiterit, nulla sit ex lege actio. Atque ista conditione constituitur actio negotiorum gestorum in pupillum, et condictio in uxorem rerum illi a marito donatarum. Merito igitur et eo tempore, cum agitur, idest, tempore litis contestatæ de conditione actionis quærendum est. At posterius cum fit, perspicue verba legis ad tempus condemnationis referuntur, ut proinde et eo tempore quid reus habeat, in quod condemnetur, ex verbis legis sit spectandum. Porro sic conditio est earum personarum, de quibus nunc agimus, non ut dicantur constitutionibus teneri aut conveniri debere, quatenus habent et facere possunt; sed eatenus debere condemnari. *L. maritum*, *D. sol. mat. L. non tantum*, 20. *et LL. seqq. L. Nesennius*, 1. *res. in fin. et L. exheredatum* 49. *inf. eod. L. nec maritus*, *C. sol. mat.* §. *item si de dote*, *Inst. de act.* Quo fit, ut verbis ipsis constitutionum non alio tempore quærendum sit, quo tempore facere possunt, quam rei iudicatæ, ut tanti scilicet condemnentur: quod constitutiones faciendum esse volunt. Cur igitur iuris consulti hic etiam verbo conveniendi utuntur, et istas personas in id solum, quod facere possunt, conveniri dicunt? Ut hac L. *sunt qui*. L. *Nesennius*, *in princ. infr. d.* L. qui ex *donatione*, *D. de donat.* Quia conveniri cum effectu intelligunt: ut sit sensus, non posse istas personas ita conveniri, ut ex conventione damnentur ultra, quam possunt facere. Atque hæc de toto genere superioris beneficii, quod locus postulare videbatur, dicta sunt; ad reliquam interpretationem iam pergemus.

Ad L.

29) Convenit distinctio vulgaris: litis contestatæ tempus spectari, quando locupletem esse, est caussa dandæ actionis. Secus quando moderandæ executionis, Costal. *in d. L.* 37. *de neg. gest.* Ortolph. Foman. *Disp. Inst.* 31. *t. h.* 9. *lit. A.*

Ad L. Sunt qui. 16.

Idem Libro LXIII. ad Edictum.

SUMMARIA.

1. *Sensus huius versic.* Socius omnium bonorum *etc. ex* L. verum 63. in princ. D. pro socio *est supplendus.*
2. *Quæ in pandectis continentur etsi ex diversis iurisconsultorum locis derivata pro una eademque magna Iustiniani lege esse accipienda.*

1 SOcius autem † *omnium bonorum accipiendus est*). Qui dicit socium omnium bonorum accipiendum esse, si nihil aliud adiiciat, significat, socio unius rei idem tribuendum non esse. At qui hoc adiicit, *verum esse, quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id quod facere possint, condemnari oportere*: is omnem controversiam dirimit, facitque, ut intelligamus, omnibus sociis idem pariter esse tribuendum. Nunc autem hoc postremum ex eodem Ulpiano adiectum est; alio quidem loco, sed tamen adiectum est in *L. verum, in princ. D. pro soc.* quapropter et sequendum est. Nec ad rem pertinet, quod † hæc diversis locis in Pandectis scripta sint separatim, atque adeo non eodem loco Ulpiani, sed ex diversis eius libris ad edictum transcripta. Bene enim Franc. [1] Duarenus monet ad *L. ex diverso in princ. D. sol. matr.* omnia quæ in Pandectis scripta sunt, pro una magna lege Iustiniani accipienda esse: ac propterea effici, ut quæ de eadem re quamvis diversis locis scripta sunt, perinde habenda sint, quasi eodem loco scripta essent. Merito: nam res eædem, nihilominus semper eædem manent, etsi locis disiungantur. 2

1) Et *ad L.* 16. *h. t. et idem ad t. D. pro soc. Cap.* 5. *sub. fi.* introductum in socio omnium bonorum *d. L.* 16. latius productum esse ad socios unius rei. Ac Busius *ad L.* 63. *pro soc.* caput illud Ulp. brevius *d. L.* 16. ex latiori alio *d. L.* 63. interpretationem capere. Melius Coras. *ad* §. *sed etsi* 38. *I. de act. n.* 2. Vult. *ad* §. 36. *et seqq. eod. n.* 15. Alb. Gentil. 4. *Lect.* 1. *et* Pac. 4. *Enant. Q.* 100. distinguunt: quod socius omnium bonorum indistincte et in omnibus hoc beneficio fruatur *d. L.* 16. Unius rei certæ autem quoties ex caussa negocio vel nomine societatis illius agitur *dict. L.* 63. *pr.* cum limitatæ causse effectus quoque talis esse soleat. Strictius adhuc Perreuon. 2. *Animadv.* 12. societatem unius rei in *d. L.* 63. *pr.* spectari, quatenus ita inita, ut quisque partem pro indiviso possideat, et uterque partem, in qua societas est in solidum habeat. Sic arguit ex verbis: *Ius fraternitatis etc.* Fratres enim unius loco tunc quando consortes, *L.* 31. *de excus. tut.* Nimis vero licenter Marq. Freher. 1. *Parerg.* 5. pro *autem d. L.* 6. reponit *etiam non.* Licentiosius Elb. Leon. 6. *Emend.* 14. totam clausulam: *Socium autem* etc. reiicit, quæ ex glossemate imperiti interpretis fluxerit, cum orationem duram ac insuavem reddat, interrumpens coniunctionem superiorum, sententiam a sententia disiungens. Male: Solentiss. enim Iurisconsultis huiusmodi dicendi rationes: exempl. grat. referendum est æstimationem, sequendum est sententiam etc. Locos congessere P. Pithæ. *not. ad tit.* 14. *coll. LL. Mosaic.* Val. Guil. Forst. 1. *Observ. subcisiv.* 1. ut et ex aliis auctoribus Socl. *analect. ling. Lat. p.* 427. De hoc beneficio socii fusius et plenius Gutier. *de Iuram. confirm. Part.* 3. *Cap.* 15. Add. Conna. 7. *Com.* 13. *n.* 18. *et seq.*

Ad L. Item miles. 18.

Idem Libro LXVI. ad Edictum.

Item miles qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus quatenus facere potest, cogitur solvere.

SUMMARIA.

1. *Beneficium competentiæ quod vocant, nullo modo patronis et advocatis caussarum convenire ostenditur.*
2. *I. Ex verbis* L. miles 18. eod.
3. *II. Ex eiusdem legis sententia.*

1 QUi *sub armata militia stipendia meruit*). Hæc verba † addita sunt ad discrimen eorum militum, [1] qui sub togata militia aut nunc merent stipendia, aut ante

1) Ita Duar. *ad. L.* 6. *h. t.* Harpr. *ad* §. 38. *Inst. de act. n.* 10. *et* Goth. *ad d. L.* 6. quia qualitas adiecta dispositionem restringit. Contra plerique ad Doctores et Advocatos illud militum ius producunt, Vid. Roderic. Suarez. *in L.* 2.

te meruerunt. Nam et hoc statuitur militum genus, in quo sunt patroni, et advocati. *L. advocati*, *C. de adv. div. iud.* Ergo tantum abest, ut ex hac definitione colligere debeamus idem tribuendum esse patronis, et advocatis, et quicunque sub armata militia non meruerunt: ut contra
2 perspicuum sit, † addita esse hæc verba, quo cæteri omnes milites excluderentur. Quid enim? an non esset stultissimum id beneficium uni speciei militum nominatim tribuere, quod iure ad omnes ex æquo pertineret. Præsertim cum nihil negotii fuerit, atque adeo cum *fuerit*, multo expeditius rem ita concipere generaliter: qui Reipubl. militat, ut in id, quod facere potest, condemnetur: si quidem id esset omnium militum commune? Nisi hic igitur hanc circumscriptionem non stulte nec inepte additam esse volumus, necesse est ideo additam intelligi, quia lex his solis militibus quos demonstrat, hoc beneficium tributum voluit, cæteros qui in ea caussa non essent,
3 excludi. Sed dicent, † qui contra sentiunt, etsi verbis his deficimur; tamen quod armatæ militiæ militibus tributum est, id ex sententia legis ad cæteros milites, quia par eorum caussa sit, et ratio legis eadem, transferendum esse. *L. non possunt*, *et L. seq. D. de Legib. L. illud*, *D. ad L. Aquil.* Id vero in hac specie defendi non potest. Nam neque patronorum, et advocatorum eadem caussa est, quæ militum; neque si esset, ratio iuris patitur, ut quod de militibus hic constitutum est, id etiam ad patronos et advocatos transferatur. Non esse eandem caussam patronorum et militum, qui armis militant, nihil negotii est ostendere. Etsi enim præclara est patronorum opera in Rempubl. nec minus necessaria, quam militum: tamen milites [2] in Rempubl. plus conferunt, profundunt enim sanguinem et vitam pro Republ. Advocati autem et patroni procul ab omni vitæ discrimine securi rerum caussas agunt. In disparibus laboribus disparia esse præmia æquum est. Sed quod præcipue ad rem pertinet, milites armorum operis occupati non possunt rem non deminuere: certe facile augere non possunt. Necesse est enim eos abiicere omnem curam et cognitionem rei familiaris, et quamvis soluti iam sunt militiæ laboribus: tamen non didicerunt eas artes, quibus rem parare possunt, aut partam facile tueri. Quo æquius est illis consuli egentibus: cum in eam egestatem ob id, quod Reipub. operam navarent, aut prius navassent, inciderint. Advocati contra caussas agendo non modo rem non minuunt, sed præcipue præter cæteros mortales augent: iidem cum ius civile didicerint, eam artem tenent, quæ ut aliis, ita et sibi ad rem suam bene gerendam et tuendam cavere possint. Quæ si non faciunt, vel ea re accidit, quia nullæ caussæ ad eos deferuntur, nullæ ab iis aguntur, eoque Reipubl. non dant operam: vel quia rem negligunt, eamque sua sponte dilabi sinunt: quorum in utroque auxilium non merentur. Demus tamen istorum parem esse caussam, et militum: ne sic quidem efficietur, quod hic militibus tributum est, id eodem exemplo ad advocatos pertinere. Nam ut condemnentur milites in id quod facere possunt, ius in eo est singulare constitutum, et ut apparet, contra iuris rationem: quando hoc beneficio efficitur, ne liceat debitori totum, quod sibi debetur, exigere. Quod ius tale est, id vetatur produci ad consequentias. *L. quod vero*, *et duab.* LL. seqq. *D. de Legib.*

Ad L.

foro legum Lib. 3. *tit. de Cess. bon.* §. *Quinto quæritur*, *n.* 12. Matthæ. Brun. *de Cess. bo. Q.* 10. *quæst.* 4. *principal.* Hart. Hart. *t.* 18. *Observ.* 2. *n.* 21. Rebuff. *Privileg. scholar.* 112. (Item in studiosis statuens) Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 114. *et P.* 1. *Cap.* 6. *n.* 129. Halbritter. *Orat. de Priv. Doctor. et alii.* Quæ sententia benignior est, vel ideo ab eruditis propugnanda, ne ipsi sui ordinis viros in angustia rei familiaris, sæpe fortunæ magis quam suo vitio, constitutos, ope sua deferant, rigidæve duritiei fœneratorum denudandos exponant. Neque enim ratio Donelli perpetua est, quod si hi egestate premantur, eorum desidia inde arguatur, et quod Reipublic. operam debitam non impendant. Exempla contraria, quod dolendum sane et indignandum, omnis ætas suppeditavit virorum de Repub. ac civibus suis meritiss. qui vel invidia submersi, vel suorum ingratitudinem experti ad incitas sæpe usque redacti sunt. Confer. *not. supr. lib. Commentar. Civil.* 23. *Cap.* 14. *N.* 2. Neque ita otiosa vocula *armata* dict. *L.* 6. *d. L.* 18. Opponitur enim militiæ non togatæ sed inermi aut imaginariæ, qualis olim militia ex casu, Vid. *not. supr. lib. Civil. Comment.* 19. *Cap.* 4. *N.* 44. Hodie eorum qui equites nuncupantur, sed otiosi vitam degunt, de quibus Ioan. Baptist. Caccialup. *de Debitore suspecto et fugitivo Q.* 5. *n.* 14. Matth. Brun. *de Cess. bon. Q.* 11. *quæstionis* 4. *principalis*, *n.* 3. *et n.* 9. *et* 10. Cæterum sunt, qui et nobilibus idem beneficium concedunt, Vid. Coler. *dict. Process. exsecut. Par.* 1. *Cap.* 6. *n.* 139. maxime autem Comitibus, Baronibus et illustrioris nobilitatis viris, Coler. *Par.* 2. *Cap.* 3. *n.* 114. ubi tamen *n.* 123. *et seq.* hoc non ita servari, sed exsecutionem in solidum fieri, nisi si quid benigni creditores de iure suo remittant, testatur. Et nobili hoc privilegium negat, etsi a carcere immunis sit, Gutierrez. *de Iuram. confirmat Part.* 1. *Cap.* 16. *n.* 36. Clericis quoque idem indulgeri ceu militiæ cœlestis stipendia merentibus ex receptiori opinione, Petr. Barbosa *ad L. alia.* 14. ipsi 15. §. *eleganter* 1. *D. Sol. matr. n.* 18. Hartm. *d. Observ.* 2. *n.* 17. Viv. *Lib.* 4. *Decis.* 529. *n.* 12. Anton. Fab. *C. suo de Exsec. defin.* 41. Etsi contra Duaren. *ad d. L.* 6.

2) Ergone miles armatus togato, atque ita Doctori præferendus? Non utique, cum sapientiam fortitudine et armis bellicis præstare sapientiss. Regis sit iudicium *Ecclesiast.* 9. *v.* 16. *et* 18. Vid. Lancel. Conrad. *Temp. om. iud. Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 1. *q.* 2. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi Part.* 9. *Consider.* 1. Confer. Elias Reusner. *Lib.* 1. *Art. stratagemat. Cap.* 1.

Ad L. Inter eos. 19.

Paulus lib. VI. ad Plautium.

Inter eos, quibus eadem ex caussa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur: sicut fit in actione de peculio; nam et hic occupantis melior caussa est. Sed etsi cum patre, patronove agatur, non est deducendum æs alienum: maxime quod eiusdem conditionis personis debebitur, ut liberis libertisque. Is quoque, qui ex caussa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, et quidem is solus deducto ære alieno. Et inter eos, quibus ex simili caussa pecunia debetur: occupantis potior erit caussa. Imo nec totum quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.

S U M M A R I A.

1. *Verba hæc* ex eadem caussa *in* L. inter 19. *idem valere ac quæ ibid. consequuntur*, ex simili caussa.
2. *Huius* L. princip. *et ex* §. 1. *versic.* Et inter *exponuntur.*
3. *Obiter indicatur vera* L. sed an, D. quod cum eo, *sententia.*

1 AIT Paulus: *Inter eos, quibus* † *ex eadem caussa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur quod eiusdem conditionis hominibus debetur*) Quibus ex eadem caussa debetur, accipere debemus, quibus ex simili caussa debetur, ut hic eadem caussa idem valeat, quod par et similis caussa, quæ ratione iuris eadem sit, non facti specie, quod se intelligere Paulus declarat, paulo post, cum eandem sententiam inculcans, his verbis utitur, *et inter eos quibus ex simili caussa pecunia debetur, occupantis potior erit caussa.* Atque id ipsum ita accipiendum esse supra pluribus docui, cum de ære alieno deducendo agerem ad L. *sunt qui.* Huius generis esse recte dixeris omnes creditores, qui in conveniendo debitore tantundem
2 iuris habent, neque amplius. [1] Occupare † hic dicitur, qui sententiam, et exitum iudicii prior occupat: idest, qui prior ad sententiam pervenit. Id enim in actione de peculio sic accipitur, ut declaratur in L. *si vero*, 10. *D. de pec.* Cui actioni hoc iudicium, in quo quis damnatur in id quod facere potest, Paulus hoc loco comparat. Est ergo hæc sententia; uno ex pluribus creditoribus agente, si is ad sententiam prius pervenerit, eius melior caussa est, quam eorum, quorum in debitore conveniendo eadem conditio est, idest, quam eorum qui pariter solidum exigere non potuerunt, si cum eodem debitore agunt: melior ideo, quia, ut ipse velut interpretando subiicit, non deducitur ei in bonis debitoris, quod cæteris eiusdem conditionis hominibus debetur: quo fit, ut id non deductum, dum invenitur in debitoris bonis, solus ante cæteros creditores, velut præcipuum auferat. In quo nihil intererit, qua ex caussa cæteris creditoribus debeatur, dummodo ii sunt, qui solidum exigere non possint. Itaque etsi is prius egerit, et sententiam occuparit, cui ex donationis caussa debetur: tamen is solidum, quod debitor facere potest, auferet, non deducto eo, quod reus debet aliis: non dico si quibus obstrictus sit ex eadem caussa, idest, donationis; sed si debeat ex alia caussa, simili tamen, idest, ea, ex qua solidum exigere non potest: non deducetur, puta, ne id quidem, quod patrono, quod parenti, quod socio debeatur. Cuius rei rationem exposui et tum, cum de ære alieno deducendo supra dissererem. Sed cur dictum est, non deduci, quod aliis eiusdem conditionis hominibus debetur? an quod si alterius conditionis creditores sint, idest, ii, qui solidum exigere possint, continuo quod his debetur, semper dedu-

[1]) Aliter 1. Forner *Select.* 18. occupantem interpretans, qui in exsecutione reliquos, quibus ex eadem caussa debetur, vicerit, etsi posterius sententiam obtinuerit. Licet alias *occupare* modo dicitur, qui prior sententia vincit, *d. L.* 10. *de pecul. L.* 14. *de nox. act.* modo qui in ius vocat, *L.* 7. *de iudic.* modo qui litem contestatus, *L.* 9. *de V. O. L.* 32 *de Precar. L.* 33. *de legat.* 1.

ducatur? Minime: sed ex iis, quæ eodem illo loco disseruimus, intelligetur, id eo dictum esse, quia quod his debetur, qui solidum exigere possunt, etsi ut plurimum non deducitur: non magis, quam si eiusdem conditionis creditores essent; interdum tamen deduci potest: hanc æris alieni deductionem concedi ei, qui ex donatione sua conveniatur, non aliis. Nisi quod si cæterorum, qui in id quod facere possunt, damnati sunt, alii creditores existant privilegiarii: placet eorum rationem prius haberi, si id ipsi postulant. Eodem loco † habendos esse eos creditores emancipa- 3
ti, exheredative, qui cum eo iam sui iuris facto contraxerunt, si cum iis conferantur, qui cum eo ipso, cum is adhuc in potestate esset, contraxerunt. Atque hanc sententiam esse. *L.* 3. *D. quod cum eo.*

Ad L. Non tantum. 20.

Modestinus lib. II. Differentiarum.

Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione, quod et in persona mulieris æqua lance servari, æquitatis ratio suggerit.

SUMMARIA.

1. *Interpretatio versic.* quod et in persona, *ad fin.* L. non tantum 20. D. eod.
2. *Duplex ratio, cur beneficium competentiæ tribuatur marito, et quæ utraque.*
3. *Harum alteram uxori convenire, eo ipsi tale beneficium tribui.*

QUod et in persona mulieris æqua lan-
1 *ce servari æquitatis ratio suggeret.* †
Nulla æquitatis ratio suadet, idem servandum esse in uxore, quod in marito, nisi eadem sit ratio in uxore. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Atqui hoc beneficium tribui dicitur marito ob reverentiam illi ab uxore debitam. *L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. act. L. alia, in fin. D. sol. matr.* nullam autem reverentiam maritus uxori debet. Quæ igitur æquitatis ratio idem in uxore servari suggerit? Nimirum
2 † duplex ratio est, cur beneficium hoc tribuatur marito. Una quidem illa citra controversiam mariti propria, quod uxor ei reverentiam debeat, sed et item altera illi cum aliis multis communis, [1] quod coniuges inter se socii sint. Matrimonium enim societas est, et quidem arctissima. *L.* 1. *D. de rit. nupt. L.* 1. *D. rer. amot.* Prior sane ratio in uxore
locum non habet: sed † habet posterior, quæ 3
sola per se satis est, ut hoc illi beneficium itidem, ut marito tribui debeat: cum sciamus id sine exceptione omnibus sociis tributum esse. *L. sunt qui, sup. eod.* Et quidem in *L. ex diverso, in fin. D. sol. matr.* hæc ratio redditur.

Ad L.

2) Recte. Tametsi Cuiac. 24. *Observ.* 38. *et* 2. *diff. Modestini ad d. L.* 20. pro Triboniani adiectione habet verba extrema *d. L.* 20. quæ et a Basilicis absunt. Contendens rationem iuris, quæ in marito hoc induxit, ut et alia quod dotis caussa in solidum non teneatur, cessare in uxore. Nam et id controversum fuisse, utrum mulier ex promissione dotis conventa idem habeat beneficium, quod maritus, a quo data repetitur. Quod etsi affirmat *d. L.* 17. §. 1. quod socia sit omnis vitæ, ad caussam tamen, quæ ex illa societate descendit, nempe promissæ dotis, rationem eam pertinere; ex aliis vere caussis quæ non ex ea societate dependent, non condemnari supra facultates uxorem nusquam proditum esse, nisi in *d. L.* 20. loco suspectissimo. Ita Cuiac. Quæ diluere non nimis operosum. Quid enim minus conveniens, quam ex societate *omnis vitæ* ad caussam solum dotis inferre, immo quid pugnantius? Nonne arctissima, quæ inter coniuges coniunctio, ratio sat sufficiens, satque generalis? Ac etsi dirempto matrimonio agatur, si stante eo contractum sit, quid inhumanius quam consortem antea bonorum et thalami acerba exactione ad mendicitatem redigere.

Ad L. Sicut. 21.

Paulus lib. VI. ad Plautium.

Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur.

An si cum socero ex promissione dotis agatur, in id, quod facere potest, damnandus sit, quod et id æquum esse videtur, sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit.

Ad L. Sed hoc. 22.

Pomponius lib. XXI. ad Q. Mutium.

Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio. Verum si matrimonio manente dos ab eo petatur: succurrendum utique est, ut ne maioris summæ condemnetur, quam quantum facere possit.

Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint, condemnentur: caussa cognita se facturum prætor edicit. Caussæ autem cognitio in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato non succurratur.

S U M M A R I A.

1. *Facilis Antinomiæ conciliatio, quæ specietenus in* L. sicut, 21. *et* L. Sed hoc, 22. eod. *occurrit.*
2. *Socero mariti æquale per omnia, ac Uxoris socero beneficium tribui, ut ambobus pariter succurratur, nisi socero mariti dolus obstet.*
3. *Quare cum dicitur hic mariti socer in id quod facere potest condemnandus, additur,* Si dos ab eo ex promissione petatur.

1 De antinomia † quæ in hunc locum in speciem incurrit, sic [1] habendum est. *L. ex diverso, D. sol. mat.* Paulus refert, Neratium scribere, iustum esse, socero mariti, si conveniatur ex promissione dotis, hunc honorem haberi, ut damnetur, et ipse in id quod facere potest. Tantum abest, ut id neget hoc loco, ut confirmet potius, cum adiicit, Neratium scribere, hoc quidem æquum videri; sed alio iure nos uti. Nihil enim prohibet nobis videri æquum, neque servari tamen, quia diversa sententia obtineret. Quod ait, alio iure nos uti, quam ut socero mariti, si ex promissione dotis conveniatur, succurratur: dubium relinquit, utrum velit ei in totum non succurri, an non semper: id ergo quomodo accipiendum sit, declaratur *L. sequenti* ad hanc distinctionem: ut non continuo succurratur ei, si soluto matrimonio conveniatur; diversum esse, si constante matrimonio agatur. Hoc vero non est contrarium scribere, sed quod generalius et obscurius dictum erat, interpretari. Sed et illud quod in superiore distinctione dicitur, hoc iure nos uti, ut socero non succurratur, si dos ab eo ex promissione petatur soluto matrimonio: tale est, ut nihil contrarium scribi videatur, si id quod generaliter scriptum est, alibi temperetur, [2] quod fit a Paulo in *L. pen. D. de iur. dot.* Sic enim vult socerum ex promis-

1) Convenit Duaren. ad *d. L.* 17. *sol. matr.* Harpr. ad §. 37. *I. de act. n.* 14. quod istæ duæ LL. coniungendæ sint, ut quasi ex iis una fiat, Vult. *ad* §. *sunt præterea* 36. *et seqq. Inst. eod. n.* 9. *et* Perreron. 1. *animadv.* 7. (ubi Iurisconsultos sæpe contra ius strictum et receptum respondere contendit) et Pac. 5. *Enant. Q.* 64. Plane Anton. Fab. 2. *Coniect.* 14. *d. L.* 11. interpolando legit, *alio atque iure utimur*: ut significetur, pro diversa qualitate negocii et temporis, modo condemnari in solidum, modo non. Quæ correctio etsi sententiam vitiosam non foveat, si tamen potest, vitanda est.

2) Sed in *d. L. pen* vers. *Quid enim*; exemplum continet ad illustrandam, non ad restringendam dispositionem. Quare et aliæ similes caussæ admittentur. *Vel* potius regulare est,

missione dotis soluto matrimonio in solutum teneri, si cum sciret se dotem conficere non posse, promisit: ut ita sciens, specie, idest, prætextu, colore, ostentatione futuræ dotis genero insidiaretur, eumque ad contrahendas nuptias induceret: quæ res cum non absit a dolo, eam illi prodesse iniquum est. Quæ
2 cum † ita sint: res in eum locum adducitur, ut dicendum sit, socero mariti eidemque uxoris patri, si ex promissione dotis conveniatur, omnibus prope temporibus succurrendum esse non minus quam socero uxoris, cum quo de dote restituenda agetur: constante quidem matrimonio, semper propter affinitatem; eo autem dirempto ita, nisi cum sciret se præstare non posse, eam promiserit: ut appareat in summa, ubi aberit, ambobus pariter succurrendum esse, et constante matrimonio et
3 soluto. Sed cur † cum dicitur hic socerum mariti in id quod facere potest, damnandum esse, additur, hæc clausula, idest conditio, si cum eo ex promissione dotis agatur? An quod ex aliis contractibus omnibus socer mariti marito in solidum damnandus est, etsi quid durante matrimonio, idest manente affinitate contraxerit? Minime, ut opinor. Ut enim maritus non tantum ex caussa dotis, sed etiam ex contractibus omnibus conventus in quantum facere potest, condemnandus est, *L. non tantum, quæ præcedit*: ita et uxoris socer: ut enim cum marito agitur; ita et cum socero agi hic scriptum est. Nec deest ratio: parentis enim locum socer obtinet, ut est in *L. quia parenti, D. solut. matrim.* Qui minus igitur et hoc in socero mariti licet dicere, qui ipse marito parentis loco est? Cur ergo, inquam, cum hic dicitur, socerum mariti in id quod facere potest, condemnandum, additur semel atque iterum, *si dos ab eo ex promissione petatur*? Quia quod dicitur maritum, et socerum in id quod facere possunt, damnari, in iis rebus solum locum habet, quas constante matrimonio contraxerunt, ut dici possit eos contraxisse, cum et ille mariti, et hi socerorum nomen obtinerent: aut in iis, quas ante nuptias quidem contraxerunt, sed de quibus constante matrimonio conveniantur, ut docui ad *L. sunt qui, supr.* illic, ubi, *Quibus in caussis superius beneficium hoc tribuatur*, tractavi. Nunc autem in supra scripta caussa esse non videtur dos ante contractas nuptias promissa, si ex ea promissione soluto matrimonio agatur. Hinc dubitatio in hac specie potius, quam in cæteris, an cum dos ita promissa a socero petetur soluto matrimonio, socer hoc beneficio uti possit, ne supra quam facere potest, condemnetur: nam uti ius superius erat, posse non videbatur. Sed placuit, eum uti posse, nisi quid in ea promittenda dolo malo sit versatus. Et recte: verbis enim dos ante nuptias promissa est. Revera non intelligitur promitti, certe constat eam non deberi, nisi contractis nuptiis: utpote cuius promissio hanc in se conditionem habeat, si nuptiæ secutæ fuerint, *L. stipulationem, L. promittendo, D. de iur. dot.*

socerum soluta affinitate in solidum condemnari, cum nec amplius sit socer, Coras. ad §. 37. *Inst. de act. n.* 2. Harpr. *ibid.* 13. nisi quæ ratio propria aliud statui exposcat. Stante autem matrimonio, non tam regulare, quam perpetuum est, non exigi ultra facultates soceri, quo respicit in *d. L.* 21. vocula *utique*, idest, indistincte, ut Anton. Fab. *d. Cap.* 14. etsi aliter Perreron. *d. C.* 7. *in fin.*

Ad L. Si cum procuratore, 23.

Paulus Libro VI. ad Plautium.

Si cum procuratore mariti de dote actum fuerit: si quidem vivo marito condemnatio fiet, in quantum facere potest, fiet damnatio. Nam et defensor mariti in id, quod ille facere potest, damnatur: mortuo marito, in solidum.

Ad L. Et si fideiussor. 24.

Pomponius Libro IV. ex Plautio.

Et si fideiussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, inquantum facere potest, condemnanda est. Si maritus non fuerit solvendo, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit, (id enim mariti personæ præstatur) heredi eius hoc non prodest.

Ad L. Sciendum. 25.

Paulus Libro LX. ad Edictum.

Sciendum est, heredes earum personarum non in id, quod facere possunt, sed in integrum teneri.

SUMMARIA.

1. *Beneficium ne quis damnetur supra quam facere potest, personale esse; ideoque nec ad heredes, nec ad fideiussores transire.*
2. *Cur hoc beneficium ad defensorem transeat, non ad fideiussorem.*
3. *Refelluntur ea argumenta quæ fideiussori etiam beneficium hoc tribuendum esse videntur suadere.*
4. *Vulgo recepta Bartoli sententia, reum scilicet, si fideiussor desideret, cogi iudicium suscipere.*
5. *Eadem sententia improbatur.*
6. *Et nihil eam prodesse fideiussori ostenditur.*

ET si in lege aliqua certæ tantum personæ appellantur, quibus aliqua exceptio aut defensio constituatur: tamen ea est quarundam aliarum personarum conditio, ut ad eas quoque, quasi nominatim appellatæ essent, vel potius quasi eædem essent, beneficium pertineat. In hoc numero sunt heredes, fideiussores, defensores. Heredes in ius omne defuncti succedunt. *L. heres in omne, D. de hered. adquir.* Fideiussor plus debere, quam is, pro quo fideiussit, non potest. §. *fideiussores, Inst. de fideiuss.* Defendere autem est eandem vicem cum reo principali subire. *L. sed et ea*, §. *defendere*, *L. minor*, vers. *quo-*
1 *niam*, *D. de procur.* Hinc tractatum, † an beneficium, de quo supra scriptum est, eiusmodi sit, quod ad has personas etiam transire debeat. Quæstio in eo, sit ne hoc personæ beneficium, an caussæ; personæ cohæreat, an rei. Nam si caussæ est et rei, omnibus his, ad quos eadem caussa pertinet, competit. Si est personæ, personas eorum, quibus nominatim id tributum est, non egreditur. *L. exceptiones, D. de excep. L. in omnibus caussis id, D. de reg. iur. L. non solum*, 8. §. *tale*, *D. de lib. leg.* Convenit autem hoc beneficium, de quo agimus, personale esse. *L. qui tale*, *D. sol. matr.* Indicium erit, quod quamvis in eadem caussa, tamen non omnibus personis tribuatur. Maritus exempli gratia, si quid emerit ab uxore, ex empto in id quod facere potest, convenitur. Alius si ab eadem muliere emerit, convenietur in solidum, et tamen ubique eadem caussa est, res eadem, nempe emptio. Ex quo apparet exceptionem personæ esse, non rei et caussæ cohærentem. Hoc posito consequens fuit, quod veteres statuerunt, ut hic refertur: nec fideiussoribus mariti et similium personarum hanc exceptionem dari, nec transire eam ad heredes. Defensori † tamen, quod domini vi- 2
cem tenet, competere eam nihilominus placuit. Hæc autem tradita in *L. maritum*, et 4. *LL. seqq. D. sol. matrim. L. eorum*, §. 1. *D. pro soc.* Sed cum beneficium personale sit: qui fit, ut hoc defensori potius præstari dicamus, quam fideiussoribus: cum potius ita dici oportuerit, quod personæ cohæreat, id personam non egredi, eoque nec ad quemvis alium transire, ut iam diximus? Hoc eo fit, quia inter fideiussorem et defensorem mariti (maritum cum dicô, similes omnes personas intelligo) hoc agatur, ne defensor ultra quam facere potest, condemnetur. Quippe defensor hoc solum suscipit, unum hoc ille respondet, se dominum boni viri arbitratu defensurum. Satisdat enim, se iudicatum soluturum. §. 1. *Inst. de satisd.* qua satisdatione inter alia hoc promittit, se maritum defensurum. *L. iudicatum, D. iud. sol.* quamobrem dum defendat, satis est. At defendere, quod iam dixi, est eandem vicem, quam reus subire. Ex quo efficitur, ut et in hac re, et in cæteris omnibus, quæ conditio domini foret, si cum ipso ageretur, eadem esse debeat et eius, qui eum iudicio defendit, non deterior: idque ex conventione. Itaque ne quis hic nobis iam obiiciat, beneficium personale non transire ad alios. *d. L. in omnibus caussis id, D. de regul. iur.* Hoc enim beneficio [1] defensor utitur, non ut alieno, sed ut suo: non ex aliena persona, sed sua: siquidem id ha-

1) Connan. 7. *Com.* 13. *n.* 18. Non sibi exceptione utitur, sed ei quem defendit, qui sub eius persona defenditur, et sub huius nomine ipse oppugnatur et damnatur.

habet, ut dixi, ex sua conventione. Alia caussa est fideiussoris, sive is rei, sive actoris fideiussor acceptus sit, ut hic scriptum est L. *etsi*, 24. idest, sive is rem certam, quæ obligatione principali continebatur, nominatim promiserit, sive actionem ipsam fide sua esse iusserit, idest, promiserit, quicquid maritum iudicio dotis dare, facere oporteret: indefinite scilicet, et sine ullius certæ rei, aut summæ designatione. Alia, inquam, huius caussa, quocunque modo acceptus sit: quoniam semper totum debet, quia totum promittit: et quia debet, etiam totum cogitur solvere. Nec quidquam mutat, quod postea convenitur in solidum: in solidum enim convenitur, uti et solidum debuit; non ut defensor in id, quod dominum eo iudicio dare facere oportebit: quippe suo nomine convenitur, non alie-
3 no. Non desunt tamen † rationes, quibus ef-
fici videatur hoc idem etiam fideiussoribus esse præstandum, vel propter ipsos fideiussores, vel adeo propter reum principalem. Ac fideiussoris quidem obligationem si spectes, hæc ea est, ut plus ille debere, et in duriorem caussam aliter teneri non possit, quam reus principalis. §. *fideiussor*, *Institut. de fideius. L. Græce*, §. *illud*, *D. de fideiuss.* Quod si etiam rei principalis tantum rationem habere velimus: tamen vel hoc ipso nomine plus a fideiussore exigi debere non videtur, quam a reo principali. Nulla enim iuris aut æquitatis ratio patitur, ut quod solidum recta a reo exigi non potest, id obliqua via ab eo exigatur, *C. cum quidem*, *extr. de reg. iur.* Atqui hoc accidit, cum fideiussor in solidum condemnatur, quidquid enim is præstiterit, id postea repetet a principali debitore. §. *si quid autem*, *Inst. de fideiuss.* Ita reus qui per se in solidum conveniri non poterat, per fideiussorem cogetur solidum solvere. Id quidem perabsurdum habere videtur Iustinian. in *L. ult. in fin. C. de usur. rei iud.* sed hoc movere nos non debet. Nam quod ad fideiussorem attinet, quamvis solidum ab eo exigatur: non eo tamen plus debere intelligitur, quam maritus: quandoquidem et maritus solidum debuit. Argumento est, quod solutum repetere non potest. *L. quod nomine*, 8. *et L. seq. D. de cond. indeb.* Item et illud, quod si quando ad meliorem fortunam pervenerit, solvere cogetur, ut est apud Iustinian. in *L. unica*, §. *cum autem*, *C. de rei uxo. act.* Quod si totum non exigitur a marito, non eo fit, quia solidum non debuerit: sed quia visum est totum ei non esse extorquendum, quod habet, ne egeat. At enim saltem hac in re durior caussa est fideiussoris, quod eodem hoc beneficio non utitur. Durior, non nego: sed non ideo concedam in duriorem caussam eum obligari. Etenim si caussam, non personam mariti spectes: eadem caussa revera est mariti, qui et ipse in solidum obligatur, et si personæ eius aliquid proprie tribuitur. De marito autem, omnique reo principali, cuius fideiussor conveniatur; mea hæc [2] defensio est, cum a fideiussore solidum exigitur, vi quidem ipsa et a reo solidum per fideiussorem exigi videri: sed hoc neque iniquum, neque absurdum existimari debere, si maritus ut a fideiussore solidum exigi possit, convenit. Licet enim unicuique iuri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pac. L. si iudex*, *D. de minor.* Nunc autem cum fideiussorem dat maritus: hoc ipso quod fideiussor mandante eo solidum promittit, perspicuum est, hoc eum agere, ut a fideiussore primum solidum exigere liceat; sic deinde cum et ipse fideiussori postquam is solverit, in solidum teneatur, æquissimum est, hanc ei conventionem obstare. Sane ubi beneficium reo tributum, caussæ, non personæ cohæret, eo fideiussor semper utetur. Atque de beneficio huius generis agit Iustinian. in *d. L. ult. C. de usur. rei iud.* non mirum igitur, si hoc fideiussoribus non tribui absurdum existimet. Non licet, inquit, intra tempora iudicati exigere a fideiussore usuras rei iudicatæ ideo, quia eæ res ab ipso iudicato interim præstantur. Recte: quod enim a iudicatis intra tempora iudicati nihil exigitur, caussæ beneficium est, non personæ. *L. tempus*, 29. *infr. eod.* Ex his apparet fideiussorem mariti et similium personarum nullo modo consequi posse, ut exceptio personalis marito competens ei proficiat. Sententia † ta-
men Bartoli, et hoc loco vulgo recepta, 4
posse fideiussorem id consequi, si desideret ut reus principalis iudicium potius suscipiat. Idque probat scilicet ex *L. itemque* §. *generaliter*, *D. mand.* quia illic ita scriptum est, si qua sit exceptio, qua reus uti potuit, imputari fideiussori debere, si eam sciens

2) Ratio hæc non conveniens. Quippe pacto mariti effici nequit, ut in solidum teneatur; ut sequitur. Aliter Connan. *d. n.* 18. Etsi fideiussor postea conveniat in solidum, nihil tamen ea res ad existimationem eius, qui integrum a fideiussore exegit, pertinet, cum eius mandato vel iussu id non faciat. Fusius hac de re Hering. *de Fideiuss. Cap.* 27. *Parte* 4. *n.* 80. *et seqq. Add.* Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 25. *quæstionis.* 4. *principalis et confer. idem Quæst.* 8. *principali.*

sciens omiserit: si modo habuerit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo, vel
5 procuratorio nomine. Quasi vero † non aperte his verbis de exceptione caussæ cohærente agatur. Qua enim in exceptione dici potest fideiussori imputari debere, si sciens ea usus non sit, nisi in ea, qua ipse iure suo uti potuit, et sciens prætermisit? qua autem tandem exceptione ex persona rei uti potuit, nisi ea, quæ caussæ cohæreat, non personæ? *L. exceptione*, *D. de exce.* Nimirum hoc voluit Ulpianus, si exceptionem pacti, exempli gratia, cum reo facti omisit fideiussor, culpam eius esse, si et scivit eam reo competiisse, et habuit facultatem eius conveniendi. Nam si nescivit eam competere, iusta ignorantia est excusata: si scivit, et reus abest, ne tum quidem est in culpa, si eam exceptionem non opposuit: propterea quod nescivit, quid reus de ea statui vellet, et iuste metuere potuit, ne non satis eam posset probare. Demus tamen il-
6 lic de omni exceptione † agere Ulpianum, quid inde ad sententiæ suæ confirmationem colligi velit, non animadverto. Fideiussor mariti conventi desiderabit, ut maritus iudicium suscipiat. Esto, desideret, atque etiam maritus ultro iudicium suscipiat. Quid ea res proderit fideiussori? Fac eum iudicium suscipere suo nomine, et solidum non solvere. An ideo fideiussorem liberabit? Nullo modo: cum fideiussor solidum debuerit, nec quisquam proponatur pro eo solvisse. Fac eum suscipere iudicium procuratorio nomine, idest, nomine fideiussoris. Iam hæc res neque fideiussori prodesse potest, neque ipsi adeo reo principali. Ut enim solidum fideiussor præstaret, si cum ipso ageretur: Ita et solidum præstari necesse est fideiussoris defensorem: cum defendere sit id facere, quod dominus in lite faceret. *L. venditor*, *D. de iud.* *L. sed et eæ*, §. *defendere*, *D. de procurat.* Ratum sit igitur, quod hic traditur. *L. et si*, 24. si persona, pro qua quis fideiussit, in quantum facere potest, condemnanda est, ut heredi eius id non prodesset, sic nec fideiussori prodesse.

Ad L. Si convenerit. 26.

Ulpianus Libro LXXVII. ad Edictum.

Si convenerit inter litigatores quid pronuntietur: non abs re erit, iudicem huiusmodi sententiam proferre.

SUMMARIA.

1. *Si convenerit inter partes quid pronuntietur, iudicem in id sententiam proferre teneri, licet ex actis constet aliter pronuntiari oportere.*
2. *Contrariis occurritur.*
3. *Si iudex contra partium conventionem pronuntiaverit, ex actis iure ab eo appellabitur.*
4. *Quare non idem placeat in arbitro.*

1 SI convenerit † inter litigatores, quid pronuncietur, cum ad absolvendum reum, tum ad condemnandum; etsi is status rei sit, ut remota conventione, secundum ea, quæ iudici probantur, contra pronunciari iure oportuerit: tamen æquum est, iudicem huiusmodi sententiam proferre. Addidi, etsi contra iure pronunciari oportuerit: quia id Ulpianus hoc loco sentiat. Nam si conventio iuri congrueret, nihil esset dubii, quin id iudicem sequi oporteret: non quia ita convenisset; sed quia ius ita præciperet, itaque faciendum esset et sine ulla conventione. Finge ita: actor sortem petiit, et usuras, et sibi deberi probavit. Visum ei est, usuras remittere, itaque iuxta hoc, inter litigatores placuit, ut iudex reum in sortem tantum condemnaret. Iudex ita sententiam proferre debebit. Contra, minus petiit, deinde eo probante res plures deberi placuit, reo bonam fidem agnoscente, ut iudex in omnes eas res, quæ probarentur, ipsum condemnaret, hoc quoque iudex pronunciare debebit. Cur? *non abs re est*, inquit Ulpianus, *ita fieri*; id valet, quia utrumque ita fieri ius et æquum
est. In contrariam † quidem sententiam mo- 2
vebat, quod iudex iubetur ita iudicare, ut iure et legibus proditum est. *Instit. Tit. de offic. iudic. in prin.* Hoc autem videtur esse contra ius aut reum absolvere, qui convincitur ex actis debere, aut condemnare, qui debere non probatur. *L. negantes*, *C. de obl. et act.* *L. qui accusare*, *C. de eden.* Sed horum utrumque iniquum et contra ius, si statua-

tuatur in invitos. In consentientes, de quibus agimus, utrumque statui est æquissimum. Quid enim magis naturali æquitati convenit, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare?
3 *L. 1. D. de pact.* Quid tamen, si † contempta conventione litigatorum, iudex contra pronuntiaverit, uti de re ipsi probabatur? Iure ab eo appellabitur, ut qui non æquum dixerit, feceritque litigatoribus iniuriam. Unde apparet, cogi eum huiusmodi sententiam pro-
4 ferre. Atqui aliud † placuit in arbitro. *L. qualem in prin. D. de recept.* Non mirum, etsi enim compromissa dicuntur ad similitudinem iudiciorum redacta esse *L. 1. d. tit.* tamen hoc proprium est arbitri, quod is recepit solum dicturum se, quod arbitrabitur, id est, quod sibi æquum videbitur; non autem quod ius aut æquum erit. Ideo arbitri sententiæ standum est, sive æquum, sive iniquum dixerit. *L. societatem*, 76. *§. arbitrorum, D. pro soc.* Adeoque libera potestas statuendi propria est arbitri, ut cui in arbitrio recipiendo hæc libertas relicta non sit, is sententiam dicere non cogatur. *L. item si unus*, *§. 1. D. de recept.* Alia caussa iudicis; a quo exigitur, ut in publico munere quo fungitur, statuat solum, quod ius et leges iubent. *d. titul. de offic. iudic.*

Ad L. Præses. 27.

Modestinus Libro 1. Responsorum.

Praeses provinciae in usuras usurarum condemnavit contra leges, et sacras constitutiones: ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit. Quaero, cum non secundum legem hic Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit: si in sententia certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit.

SUMMARIA.

1. *Sententiæ iudicis etsi iniustæ, nisi ab ea appellatum fuerit, stari oportere.*
2. *Nisi tamen expresse contra leges pronuntiet.*
3. *Non esse contrarios exceptioni n. 2. propositæ iuris locos qui ex h.* L. Præses et L. Cum prolatis 32 eod. *producuntur.*

1 HOC dicit: Quantumvis † sententia iniusta sit iudicis: quantumvis contra leges reum condemnet, aut absolvat: tamen [1] valet, et rei iudicatæ standum esse, si appellatum non erit. Idem dicendum est, etsi appellatum sit: non tamen secundum legem, idest, non intra tempora lege constituta ad appellandum, *toto tit. quando appel. sit inf.* quippe nihil interest, utrum quid non facias, an non ita, ut iure convenit. *L. 4. §. condemnatum eod.* cum *simil.* Eadem sententia est *L. cum prolatis, inf. eod.* Itaque nec rescriptum principis adversus hanc sententiam recipitur. *L. ult. C. senten. resc. non pos.* Hinc exceptiones peremptorias post rem iudicatam constat opponi non posse. *L. 2. C. d. tit.* quanto minus opponuntur dilatoriæ? *L. exceptiones, C. de probat.* Sane eas exceptiones opponi non posse intelligimus, quæ feruntur ad sententiam improbandam. Cæterum si quæ sint eiusmodi, quæ humanitatis ratione tribuantur ei, qui alioqui iure debuerit, ut est condemnatus: nihilominus his et post sententia uti licebit, *L. ex diverso, §. ult. D. sol. matrimon.* Scripsi de hac re ad *L. Nesennius. §. ult. inf. h. tit.* Sed hoc totum † sic accipiendum est, si nihil aliud propo- 2
natur, quam sententiam esse iniustam. Nam si hoc amplius aperte, et expresse contra leges prolata erit, nulla est: nec provocatione est opus. Vide *L. 1. §. item. cum. inf. quæ senten. sine appel. rescind. L. si expressim. inf.*

1.) Sic quoque sententia posterior contra rem iudicatam lata ipso iure nulla *L. 1. C. Quan. prov. non est nec.* Ideoque si de ea ex actis appareat iudici, attentanda, etsi non opponatur, ne contra rem iudic. iudicet, Vult. *Cons. Marp.* 30. *n.* 271. *vol.* 2.

inf. D. de appel. L. 2. C. quan. prov. non
3 *est necess.* Cui tamen † sententiæ videri possunt duo capita esse contraria, quæ interpretamur. *L. cum præses, et L. cum prolatis*: quorum in altero sine distinctione scriptum est iudicati agi posse, etsi præses contra leges et constitutiones reum condemnavit. In altero rei iudicatæ standum est, quamvis iudex contra constitutionem pronunciavit, cum non existimaret caussam per eas iuvari.

Sed nihil horum non bene superiori sententiæ congruit. Nam primum non statim contra leges iudicat, qui contra legem reum condemnat, is iudicat contra legem, qui reum condemnando, una quoque condemnat legem, nominatim aliud ius dicendo, quam lege cautum est. Cuius rei exempla sunt, in *d. L. 1. inf. quæ senten. sine app. et L. 2. quan. pro. non est nec.* Porro potest iudex reum condemnare de [2] iure eius pronunciando, ut nihilominus legem iustam esse fateatur. Quod autem ad alterum pertinet, nemo iudex existimat [3] *constitutiones prolatas* ad caussam non pertinere, nisi is qui de iure solum litigatoris pronunciat, non de ipsa constitutione: quo fit, ut nihil hic contra leges pronunciet. Exempli caussa, cum actor viginti usurarum nomine petit, si reo allegante usuras usurarum a se peti non posse ex constitutionibus. *L. placuit, sup. de usuris*, iudex dicat has constitutiones nihil ad rem facere: perspicuum est ipsum hoc dicere in hac caussa, usuras usurarum non peti: non autem negare, quin si petantur, nulla fit petitio: quia leges vetent. In quo aperte constitutio ipsa confirmatur; ac de iure tantum litigatoris pronunciatur.

2) Et ita Græci distinguunt, Cuiac. ad *C.* 1 *ext. h. t.* an sententia *παράνομος*, quæ ipso iure nulla, an *ἄδικος* quæ de iure litigatoris. Illa in statu iuridiciali de iure, hæc in coniecturali de facto pronunciat, Duar. ad *L.* 27. *h. t.* Ex. gr. Titius minor 14. annis testatus est. Si iudex sententia dicat minorem 14. annis testari posse, ideoque Titium etsi fuerit impubes, recte testatum esse ut *d. L.* 2. *C. Quan. prov. non est nec.* sententia nulla; sin Titium recte testatum esse, non addito de ætate, appellandum Zas. in *L. ult. de Iust. et iur. n.* 6. Vant. *de Nullit. ex def. process. n.* 118. *et n.* 122. *et* 2. *seqq.* ubi probe declarat. Ubi contra ius partis lata, vincit iniquitatem auctoritas rei iudicatæ. Ubi contra leges, non potest rei iudicatæ vim habere, cum res iudicata a legibus vires accipiat. Ant. Fab. ad *L.* 1. §. 1. *D. de feriis.* Sic et ubi contra formam præscriptæ solemnitatis, vincit auctoritatem Prætoris iuris auctoritas, quæ nunquam in arbitrio ius dicentis, seu iudicantis *L.* 15. *Munic.* A. Fab. ad *L.* 8. §. 17. *de transact.* Sane Oldend. *Cl.* 7. *Act. ult. in defens. rei* auctorem huius distinctionis in malam crucem abire iubet. Sed de iudice calumnioso loquitur, contra quem actionem male iudicati tenere censet citra hanc distinctionem. Denunciationi Evangelicæ quando locus sit contra eum qui sententiam obtinuit iniquam, Menoch. *Arb. C.* 484. *et Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 79.

3) Non male, ut videtur, Duar. ad *d. L.* 32. eam accipit de statu sane iuridiciali, cum ex lege per ratiocinationem colligitur quod ad caussam pertinere putatur. Ut ita sententia non sit nulla de iure dubio et controverso lata. Quod probat. arg. a contrario ex *d. L.* 19. *verb. expressim et d. L.* 2. *C. Quando prov. verb. tam manifesti.* Quo facit quod error iuris perplexi errori facti comparatur Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 1. *Q.* 2. *n.* 12. Atque ita *d. L.* 32. post alios accipit Vant. *de nullit. sent. ex defect. process. n.* 118. *et seq.*

Ad L. Duo. 28.

Idem Libro XII. Responsorum.

Duo iudices dati diversas sententias dederunt. Modestinus respondit, utranque sententiam in pendenti esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit.

SUMMARIA.

1. *Licet inter pares numero iudices, si in iudicando dissentiant, illius obtineat sententia quæ pro libertate aut pro reo profertur.*
2. *Si tamen duo iudices dati dissentiant, nullius sententia rata est, nisi a competente iudice confirmetur.* et n. 3.

UTranque sententiam in pendenti esse.
1 Imo inter † pares numero iudices, si dissonæ sententiæ proferantur (ut pares esse oportet, cum duo iudices dati diversas sententias ferant) statim una valet, nimirum ea, quæ pro libertate est, aut pro reo. Ut scriptum est in *L. inter, inf.* Et ex *L. Pomponius*, quæ præcedit L. *inter*, apparet, Paulum cuius est utrunque caput, in *eod. lib.* 17. *ad edictum* de pluribus iudicibus agere, quam duobus. Et ut loquatur indefinite de pluribus iudicibus; tamen nihil vetat eam regulam accipi cum hac exceptione, quæ huius loci est, nisi duo tantum iudices dati erunt. Et res ita habet, ut tribus pluribusve iudicibus datis inter se dissentientibus, unius aut

plu-

plurium idem sententium sententia valeat: quia [1] tres plurisve iudices utiliter dantur, unde necesse est singulorum sententias valere: nisi quatenus aliorum numero, aut æquitate caussæ vincitur. Contra † duobus iudicibus inter se discrepantibus neutrius sententia valet contraria de caussa, quia duo non recte dantur: certe non ita, ut cogi possint, sententiam dicere. Quorum utrunque exemplo et oratione arbitrorum recte defenditur, de quibus ita scribit Ulpianus in *L. item si unus*, §. *si in duos*, supr. de arb. *Si in duos arbitros sit compromissum: non debet prætor eos cogere sententiam dicere: qui res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari numero idcirco compromissum admittitur: non quoniam consentire omnes facile est: sed quia, et si dissentiant, invenitur pars maior, cuius arbitrio stabitur.* Cum eadem ratio ita ius in iudicibus datis postulat: tum vero si in arbitris recte dicitur, prius in iudiciis admittendum fuit, quoniam compromissa ad similitudinem iudiciorum redacta sunt. *L. 1. supr. de recept.* Quare si unius † ex duobus iudicibus sententiam valere volumus, eam confirmari oportet. Hanc confirmabit competens iudex, ut hic scribitur. Est autem competens is, qui iudices dedit. *L. a divo*, *sup. L. 1. in pr. quis a quo app.* Cætera ad hanc quæstionem pertinentia requirere ex L. *Pomponius*, *infr. eod.*

2 (margin, left column) · 3 (margin, right column)

1) Vulgo inter iudices plures ordinarios *d. L.* 38. et datos seu pedaneos *d. L.* 28. distinguunt. Et ita in *C. ult. extra h. t.* Duar. *ad d. L.* 28. Pac. 7. *Enant. Q.* 6.

Ad L. Tempus. 29.

Ulpianus lib. VII. Pandectarum.

Tempus, quod datur iudicato, etiam heredibus eius caeterisque, qui in locum eius succedunt, tribuitur: videlicet quod ex tempore deest; quia caussæ magis, quam personæ beneficium præstatur.

SUMMARIA.

1. *Iudicati tempus etiam heredibus indulgeri, et quare.*
2. *Illud tantum quod condemnato supererat.*

TEmpus iudicato dari ad solvendum constat. L. 2. *infr.* Observandum est, neque in lege 12. tabularum, qua hoc tempus primum est constitutum, neque in constitutione Iustiniani, qua postea de hoc tempore plenius cautum est, ut est *L. ult.* §. *ult. C. de usur. rei iud.* heredes condemnati appellari. Ideo dubitatum est, an condemnato mortuo intra tempora iudicati, idem heredibus præstandum sit, quod defuncto.
1 Et quod † omissum erat lege, ex regulis iuris certi deciditur hoc loco. Et ita ius est, ut quicquid cuiusque fuit, quod ei iure datum est, id eo mortuo præstandum est et heredibus; qui in ius omne defuncti succedunt, extra quam si beneficium, quo de agitur, fuerit personæ. *L. privilegia*, *inf. de reg. iur. L. heres in omne*, infr. de acquir. her. *L. quia tale*, *supr. sol. mat.* Tempus autem quod iudicato datur, caussæ datur non personæ. Ex quo colligit † Modestin. heredi- 2
bus quoque et cæteris successoribus esse tribuendum, non tamen integrum: sed quod condemnato viro superesset. Recte: nam ut ad heredes transfertur, quod fuit decessoris: ita id solum, quod fuit decessoris, nihil amplius. *L. nemo plus*, *infr. de reg. iur.* Hoc tempus caussæ non personæ præstitui, ita intelligitur, si ei beneficio caussa locum facit, non personæ, L. *in omnibus caussis id observatur*, *infr. de reg. iur.* At caussam ei beneficium locum facere, ex eo licet intelligere: quod non certis aliquibus personis condemnatis datur: sed omnibus condemnatis, et quidem hac solum de caussa, quod condemnati sunt. Bene igitur caussæ esse, dictum est.

Ad L.

Ad L. Cum ex caussa. 30.

Vide L. Sunt qui infr.

Ad L. Debitoribus. 31.

Dixi satis ad L. 2. supr.

Ad L. Cum prolatis 32.

Dixi ad L. Cum præses. supr.

Ad L. (*) Divus. 33.

Idem lib. v. Cognitionum.

Divus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Tarentino, et iudicante eo, falsis testimoniis, conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis religionem iudicis circumventam esse, in integrum caussam restituendam, in hæc verba rescripsit: *Exemplum libelli dati mihi a Iulio Turentino mitti tibi iussi, ut, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum, et testibus pecunia corruptis oppressum se et rem severe vindica: et si quid a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicatum est, in integrum restituas.*

REi iudicatæ, quamvis iniuste iudicatum sit, standum esse, supra dictum est *L. cum præses*, *L. cum prolatis*, *supr. eod.* Hoc ita ius publicum est, ut quædam sententiæ excipiantur, quas ego omnes nullius momenti ipso iure esse puto: non autem ita quasdam mero iure valere, ut caussa in integrum restituatur: idest, ut beneficio duntaxat et auxilio magistratus de eadem re iterum liceat agere. Sunt in hoc genere, quæ ipsis verbis sententiæ manifestum errorem sive imperitiam iudicis arguunt: quales sunt; quæ errorem calculi continent: item quibus aperte contra leges et constitutiones iudicatur, L. 1. §§. 1. *et* 2. de quibus *infr. quæ sent. sine app. rescin.* item quæ pecuniæ iudice corrupto sunt expressæ, quæ dicuntur venales, *L. venales*, *C. quam provoc. non est necesse.* Tum quæ patrono caussæ prævaricante, quæ ex falsis instrumentis quæque ex falsis testimoniis latæ sunt. De eo, quod patrono prævaricante pronunciatum est, extat Antonini rescriptum in *L. 1. C. de advoc. divers. iud.* De eo quod ex falsis instrumentis iudicatum est, multæ sunt veterum constitutiones, quæ extant in Cod. sub. *Tit. si ex falsis instrumentis*, quarum meminit Modestinus in *L. qui agnitis*, *infr. de except.* His constitutionibus cautum est, rem ex falsis instrumentis iudicatam retractari posse: si tamen tria hæc concurrant, primum si crimine falsi prius illato, instrumenta falsa esse convincatur, L. 2. *C. eod. tit.* Tum si sciens prudens adversarius his usus fuerit. Nam constitutiones crimen falsi intendi ac probari volunt L. 2. *et* 3. *C. eod.* Hoc autem crimine non tenetur, nisi qui dolo malo falsis usus est, L. 4. *C. si ex fals.* Postremo, si probetur iudicem fidem horum instrumentorum secutum iudicasse, L. 3. *C. eod.* Etenim fieri potest, ut in eodem iudicio falsa instrumenta sint prolata, nihilominus fuerint idonei testes, quibus res iudici probari potuit: ut horum fidem et auctoritatem secutus iudex iudicaturus fuerit, etiamsi nulla instrumenta proferrentur: quo casu dicet nemo rem iudicatam prætextu falsorum instrumentorum retractari posse. Quod de re ex falsis instrumentis iudicata iuris est: item de re falsis testibus. ***

Ad d. L.

(*) Priorem hunc commentarium, etsi inchoatum dumtaxat, nec integrum et absolutum videri possit, tamen delectum atque iudicium Scipionis Gentilis *Lib. XXVII. Commentar. Civil.* secuti, omittere noluimus: quippe et hic, etsi fusior in eadem L. Commentarius sequatur, sua utilitate non caret; Præterea, quod et ipse Donelli lucubratio est, propositum nostrum sequimur, ut omnia Donelli Opera iterum literariæ bono Reipubl. demus in lucem.

Ad d. L. Divus. 33.

S U M M A R I A.

1. *Tria esse genera sententiarum quæ rei iudicatæ præscriptionem non habent* I. *illas, quibus iudex præcipit quod fieri non potest.*
2. II. *Eas quæ manifestum sententiæ vitium præferunt, et quæ sint.*
3. III. *Et postremo illas quæ dolo et conspiratione adversariorum sunt exortæ, hæ autem cuiusmodi sint.*
4. *Caussam ex falsis testimoniis iudicatam ita demum retractari si tria concurrant; ea quæ sint.*
5. *Eadem tria desiderari, ut iterum pronuntietur in caussa ex falsis instrumentis iudicata.*
6. *Quare velit Hadrianus in caussa ex falsis testimoniis iudicata probari testes pecunia fuisse corruptos et n.* 8.
7. *Quid si gratia aut odio falsum testimonium dixerint.*
9. *Illorum opinio exponitur qui volunt in re ex falsis instrumentis et testimoniis iudicata necessariam esse restitutionem in integrum.*
10. *Nullo iure valere sententiam ex falsis instrumentis et testimoniis prolatam, ideo nullo iuris loco haberi hanc in integrum restitutionem* et n. 11. *et per tot.*

SEntentiæ quamvis iniustæ standum esse, supra dictum est, *L. præses*, *L. cum* prolatis. Hoc sic ius publicum est, ut
1 † quædam sententiæ excipiantur. Quarum tria sunt genera. Unum est earum, [1] quibus id præcipit aut statuit iudex, quod fieri non potest, *L. ult. infr. quæ senten. sine appell. rescin.* Omnino impossibilium nulla est obligatio, *L. impossibilium, infr. de reg. iur.*
2 Secundum † earum, quibus constituitur quidem quod fieri potest, sed ita contra quam reus damnari aut absolvi debuit, ut vitium ipsum et iniquitas sententiæ ipsis verbis sententiæ palam se ostendat, et sententia a se ipsa refellatur, cuius generis est ea, quæ [2] manifestum calculi errorem verbis complectitur, de qua in *L. 1. §. 1. infr. quæ sent. sine appellat.* item quæ contra leges et aut constitutiones expressim pronunciata est, de qua in *L. 1. §. 2. infr. quæ sent. L. 2. C. quan. provoc. non est neces.* Vide *L. 27. supr.* Et hæ quidem per se non valent. Tertium
† genus earum, quibus et id constituitur, 3
quod potest, nec quicquam aperte contra ius, aut regulam naturæ, in quibus nullum vitium proponitur: sed ita per se non sunt vitiosæ, ut tamen victo non noceant: [3] obstante videlicet actori, propter aliquod admissum in ea re crimen, doli mali exceptione. Tales sunt, ut semel et una definitione omnes complectar, quæ conspiratione et machinatione adversariorum sunt extortæ, quam fraudem ipsis authoribus prodesse, valde iniquum est, *L. 1. infr. C. si tutor fal. all. exc. sit.* Id autem contigit aut iudice pecunia corrupto, ut sententiam ferret: aut dolo adversariorum malisque artibus religione eius circumventa; aut patroni prævaricatione, aut falsis instrumentis, aut falsis testimoniis. In quibus omnibus non placuit sententiam iis, secundum quos iudicatum est, prodesse. Et de [4] venalibus

1) Confer. Vasq. 2. *Ill. contra.* 51. *n.* 46. *et seqq.* Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 1. 2. 3. Gœd. *de Contr. stip. C.* 8. *Conclus.* 9.

2) Obst. *L. un. C. de err. calcul.* verbis: si res indicatæ non sunt, *Resp. Pac.* 7. *enant. q.* 73. Aut iudex in sententia ferenda sic errat, et ea nulla *d. L.* 1. §. 1. aut cum error calculi admissum diceretur, indicavit nullum esse errorem, et inde exceptio rei indicatæ *d. L. un.* De errore calculi consule. P. Foller. *addit ad Marant. P.* 6. *Memb.* 9. *de exceptio n.* 68. *et seqq. Fr.* Mannox. *de Ration. C.* 38. *et Cap.* 41. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. p.* 1. §. 6. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 37. Ott. Meland. *Com. Cameral. P.* 1. *Tit.* 95. Pari modo sententia nulla, si alius error conspicuus ea expressus. Medic. *de casib. fort. P.* 1. *Quæst.* 2. *n.* 24. aut si se refert ad acta quæ nulla, sunt, vel in quibus error expressus. vid. Tiraq. *post. LL. Connub. gl.* 7. *n.* 184. Curt. Iun. *Cons.* 170. *n.* 7. Scurf. *Cent.* 1. *Cons.* 93 *et Cent.* 3. *Cons.* 6. Cæs. *Ursil. annot. ad* Affl. *Decis.* 28. *n.* 2. *et* 4. Vel si lata ex falsa caussa consistente in facto notorio, et cuius falsitas ex actis apparet. Sixt. *Cons. Marp.* 9. *n.* 60. *Vol.* 2. *per C. inter cæteras extr. h. t.* Moll. 4. *semestr.* 1. *n.* 14. *et* 15. Maxime vero quando iudex ipse se in sententia refert ad acta, et per ea constat de contrario, dicitur evidens iniquitas et inde sententia vitiosa. Affl. *decis.* 39. *n.* 6. Vid. idem *Decis.* 283. *et* confer. Grammat. *Decis.* 59.

3) Non sequitur: Appellatio non est necessaria. Ergo sententia ipso iure nulla. Potest enim aliud eius infirmandæ remedium esse, ut si contra actionem indicati obiiciatur exceptio doli.

4) De venalibus his sententiis, iudicibus largitione corruptis, deque muneribus ab eis non accipiendis vid. Poll. 5. *Hist. fori* 9. Vasq. 2. *Contr. usu. freq.* 37 Stitic. *Obs.* 24. Menoc. *Arb. C.* 516. Freher. 3. *de Infamia* 14. Cacheran. *in Prœm. Decis. n.* 5. Maynard. *Lib.* 4. *Decis.* 86. Fr. Pfeil. *Cons.* 158. Vant. *de Nullit. ex def. process. n.* 163. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. Hippol. a Collib. *in Principe C.* 4. Simanca. *Lib.* 6. *de Rep.* fere toto, Libor. *a* Bodenstein *Disquisit. Polit. Lib.* 2. *C.* 28. ac *seq.* (qui emptor ac construpatos iudices vocat) Ant. de Guevera *Horolog-*

libus sententiis cautum est rescripto Dioclet. et Maxim. in L. *venales. C. quan. prov. non est nec.* De eo quod iudicatum est patrono prævaricante, cautum rescripto Antonini in L. 1. *C. de advoc. di. iud.* de re ex falsis instrumentis iudicata complures sunt constitutiones, quæ extant sub Tit. *C. si ex fal. instr.* meminit earum Modestinus in L. *qui*
4 *agnitis, infr. de except.* De eo autem, †
quod ex falsis testimoniis iudicatum est, proponitur hoc Capite rescriptum Hadriani. In quo quid ille exigat, ut ex integro de eadem re agere liceat, considerandum est. Exigit autem hæc primum, ut sint falsa testimonia: secundum ut conspiratione adversariorum fuerint instructa testibus pecunia corruptis. Postremum, ut eo facto victus oppressus sit, seu iudicis religio circumventa: in quo postremo hoc exigere intelligitur, quod de falsis instrumentis apertius dicitur in L. *pen. si ex fals. instr.* ut iudex horum fidem
5 secutus pronunciaverit. Hæc † eadem [5] in re
falsis instrumentis iudicata. Primum enim volunt constitutione crimine falsi illato instrumenta falsa esse, convinci L. 2. *Cod. si ex fals. instr.* Tum ut sciens adversarius his usus fuerit. Volunt enim crimen falsi intendi et probari. L. 2. et 3. *C. eod.* quo crimine nemo tenetur, nisi qui dolo malo falsis usus est, L. 4. *Cod. si ex fals.* Postremo, ut probetur, ut modo dixi, iudicem horum instrumentorum fidem secutum iudicasse, *d.* L. *pen. Cod. eod.* Id autem eo dicitur, quia fieri potest, ut in eo iudicio falsa instrumenta prolata sint; nihilominus fuerint idonei testes, aut argumenta, quibus res iudici probari potuerit: ut hominum fidem et auctoritatem secutus iudex iudicaturus fuerit, etiamsi mala instrumenta proferantur: quo casu nemo dicit rem iudicatam prætextu falsorum instru-

mentorum retractari posse. Unum in his num
dissimile sit, videamus. Vult † enim Hadria- 6
nus hoc loco in re ex falsis testimoniis iudicata probari conspirationem adversariorum, testibus pecunia corruptis: quasi non sit satis falsum dixisse, nisi et pecunia corrupti fuerint. Quod in his instrumentis secus est, in quibus tantum exigimus, ut falsa sint: non etiam ut pecunia data falsum sit admissum.
Et non temere est, quod [6] † plerique omnes 7
ita iudicant, satis esse eum qui victus est, probare se oppressum esse conspiratione adversariorum: utrum autem testes pecuniam acceperint, an non acceperint, ad rem non pertinere. Nam cur aliud exigeret Hadrianus in testibus, quam in instrumentis? An non et testes instrumenta sunt? Tum autem quid refert, quomodo iudicium corrumpatur, si corrumpitur? quomodo quis opprimatur, si opprimitur? quibus, etsi verba rescripti refragantur, quæ hanc conditionem exprimunt, *si probaverit conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis, oppressum se*: tamen assentirer, si testes falsum dixisse conspiratione adversarii ullo modo probari posset aliter, quam hoc probato, ipsis pecuniam esse datam, ut testimonium dicerent. Mihi au-
tem † quomodo id aliter facile probari pos- 8
sit, non occurrit, neque posse arbitror. Non enim si adversarius cum testibus rem habuit, si cum his locutus est: si etiam his dixit, quid esset in re: non adeo si ipsi testes operam illi suam polliciti sunt: ideo consequens est eos falsum dixisse, et adversarium cum illis conspirasse. Ac ne cui forte temere id affirmare videar: velim observetur, quid sit, quod cum iudex pecunia corruptus sententiam dixit, placet hanc non valere, ut supra dictum est; cum autem [7] ambitiose idem facit, sententia valet nihilominus, *L. servo*, §.

cum

Princip. Lib. 3. *Cap.* 6. Christ. Ohem. *Discur. iuridico polit. de cons. et magistratib. C.* 4. *n.* 59. *et seq.* Scite Ian. Langlæ. 6. *Semestr.* 1. ubi pulcre aliam olim fuisse rationem præsidum, quibus Xenia accipere licuit, *L.* 6. §. *ult. de off. præs.* aliam hodiernorum iudicum, in quibus licere non debet, nec inculpate obiiciuntur, ceu pessimo, ait Langle. usu invaluit, esculentis tanta copia oblatis, ut iis omnis familia sustentari possint, etc. Quin nec decere iudicem, ut se conviviis litigatorum nimis excipi patiatur, idem 2. *Semestr.* 1. Confer. *not. supr. lib. Civil. Comment.* 14. *C.* 25. *N.* 6. De pœna iudicis corrupti *vid.* supr. *Lib.* 28. *Civil. Comment. C.* 2. Quando vi huiusmodi sententiæ solutum repeti possit Vasq. 3. *Contr. usufreq.* 63. *n.* 29. *et seqq.*

5) Vid. Mathesil. *ad d. tit. C. Si ex. fals. instr. vel testimon. etc. et sing.* 18. Sfort. Odd. *de Rest. in int. Quæst.* 77. et 2. *seqq.* Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 36. Alex. Trentac. 2. *Pract. Resol. tit. de sent. Resol.* 3. Vant. *Tit. de nullit. sent. ex def. process. n.* 132. *et seqq.*

6) Duar. ad *d. L.* 33. quia in instrumento falso nihil præterea quæritur. Eadem autem testium ratio, qui instrumentorum appellatione veniunt: Et *Ayer. Process. P.* 1. *C.* 6. *Obs.* 1. *n.* 7. Etsi sint qui corruptelam et falsitatem coniunctim probari debere velint, per voculam et, contrarium tamen verius et communius vocat, quod d. vocula hic resolvatur in copulativam. Sed Duar. *d. loc.* ideo utriusque mentionem fieri, quia acciderat in specie ea de qua consultus Imp. Unde Imp. ibi et rem severe vindicare, atque ita reum puniri et iudicatum rescindi iubet. Utrumque ut fiat, corruptio una requiritur, ad posterius vera falsitas sola sufficit Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de sent. Resol.* 3. *n.* 22. qui ab hac communi opinione non discendendum esse docet. Et recte quidquid contra Donellus.

7) Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 307. Ambitiosa est ad gratiam composita Cuiac. *in Novell.* 103. Et consentiunt DD. vulgo, Vant. *de Nullit. ex defect. process. n.* 135. Obl immo ambitiosa decreta rescinduntur *L.* 4. *de decret. ab ord. L.* 3. *pr. de minor.* Facit *L.* 12. *C. de transact.* Sueton. *in Domitiano.* Ambitiosas sententias rescidit *Resp.* Ibi ambitiosa non simpliciter gratiosa, colore quæsito conflata, quasi inflexo ambitiosi verbo ad confictas et commentitias caussas, ut Forner. 1. *Select.* 17. nec quæ gratis vel accepta mercede contra ius et æquum in alicuius favorem interposita, ut Rævar. 5. *Var.* 6. licet hæ acceptiones *d. L.* 65. §. 2. forsan non inconveniente. Sed quibus ultra modum potestatis suæ, eiusque limi-

cum prætor, *supr. ad Trebellian.* Et quid interest quæso, utrum iudex avaritia, an ambitione, aut odio, aut amore, aut aliqua animi perturbatione male iudicaverit? Si de re quæritur, ut intersit non animadverto. Sed hoc ita est: pecunia corruptum esse iudicem probari potest. Illic autem [8] ambitione aut aliqua alia pertubatione motum perperam iudicavisse, probari non potest. Non enim si fuit caussa iudici, cur moveretur: ideo verum est, ei pertubationi succubuisse, ut eum avaritia victum esse probatur, qui pecuniam accepit. Idem ergo et in testibus dixeris. Adde, quod si de pecunia nihil dicitur, non est facile credendum, testes scientes esse mentitos. Non enim facile reperitur, quisquam, qui [9] gratis velit esse improbus: sed tum minime, ubi cum capitis periculo crimen falsi suscipitur. Quapropter viris assentior superioribus, si quis conspiratione adversariorum falsis testimoniis oppressus sit: quod ita iudicatum est, id restitui debere: quocunque modo oppressus sit. Sed si conspirationis et falsi testimonii probatio quæritur, nisi probetur testes pecunia in hanc rem esse corruptos, vereor ne desit agenti probatio, eoque reus absolvatur. Ita ut hoc rescripto conspirationem esse adversariorum ad ius sententiæ: sic testes pecunia esse corruptos, ad facti probationem recte exigi videtur. Quod ait rescriptum [10] *In integrum restitue*, *quod iudicatum est*, quam significationem habeat, videndum est. Et quidem convenit inter omnes cæteras species sententiarum, quas supra proposui, ipso iure
9 non valere. Hoc † quod ex falsis instrumentis aut testimoniis iudicatum est, [11] vulgo ex hoc loco valere nolunt, sed in integrum restitui auxilio magistratus. Est enim proprie restitutio in integrum, amissæ caussæ redintegratio, et ubi res mero iure integra est, ibi restitutio est supervacua, *L. 2. Cod. in quibus caus. in integr. restitut. non est nec. L. in caussæ, 2. supr. de minor.* Quæ res facit, ut de eadem re agere tantum liceat intra tempora in integrum restitutioni petendæ præstituta, idest intra quatuor annos, *L. ult. C. de tempor. in integr. restit.* cum si sententia mero iure non valeret, perpetuo de eadem re agi posset, ut re integra. Ac ne quis exemplo sententiæ ex falsis instrumentis latæ moveatur, in quo genere nusquam aperte in integrum restitutio exigitur, idem et de ea statuunt: ut quoniam nihil interest, inter testes et instrumenta, quod de uno genere dici constat, id etiam ad alterum recte transferatur. Nos † autem videamus, ne recte statuerimus, ut 10
omnem sententiam ex cæteris caussis, quas initio huius capitis proposuimus: sic ex hac nulli nocere, si res ex falsis instrumentis et testimoniis iudicata sit. Et sane eiusdem Imperatoris Hadriani rescriptum his ipsis verbis utitur in re iudicata: in qua tamen aliunde constat nullam esse sententiam ipso iure. Extat rescriptum in L. 3. §. *Divus Hadrianus*, *infr. de iure fisci*, in hæc verba: *et liberales caussæ si non interveniente fisci advocato decisæ sunt*, *in integrum restituuntur.* Atqui de hoc genere in L. *si fiscus*, *eod. tit.* ita scriptum est: *si fiscus alicui status controversiam faciat*: *fisci advocatus adesse debet*: *quare si sine fisci advocato pronunciatum sit. Divus Marcus rescripsit nihil esse actum*: *et ideo ex integro cognosci oportere.* Quare cum in his verbis tam parum sit firmitatis in hanc aut illam partem: de re ipsa ex aliis locis quærendum sit.

Et cuivis in caussam et genus huius restitutionis inquirenti, tum eos locos qui sunt de re ex falsis instrumentis iudicata expendenti, comparanti præterea hoc genus sententiæ cum iis, quas constat citra ullam in integrum restitutionem non valere, ita succurrat necesse est, nihilo magis

tes excedentes ea sibi arrogant magistratus decernentes quæ ipsis non concessa, ut in exemplis. *d. L. 3. pr.* (*iunne not. supr. Lib. 3. C. 18. lit. E. pag.* 167.) *item d. L. 4.* quia non ea decurionum auctoritas ut debita Reip. remittant, cum donare, quod perdere est, administratori nulli liceat. Confer Goth. *Lib. 6. de tut. electoral. p.* 304. *et seqq.* Carol. Labbæ. *in Obs. Synops. Basilic. Lib. 54. tit. de civ. C.* 2.

8) Accedit quod si inimicus iudex vel amicus adversario sibi imputet, quod non reiecit vel eiuravit Pretium iudici datum esse nesciri potest, cum occulte res geratur; caussa odii vel simultatis non ita facile: Confer *Langlæ* 2. *semestr.* 5. *p.* 127. *et p.* 133. (ubi exempla habet eorum qui de inimicis incorrupte iudicaverunt) *et* 3. *semestr.* 5. *pag.* 159. Nec abs re Menoch. *Arb. Casu* 116. *n.* 23. *et seq.* difficile probatu censet iudicem pecunia corruptum esse, et ad hoc probationes concludentes requiri.

9) Arist. 1. *Rhet. ult.* Sed ad hoc responderi potest gratis id est, nulla re permotus Arist. *d. loc.* Qui ducitur amore aut odio, etsi pecuniam non acceperit, non gratis omnino id facit. Nam et species lucri est, beneficii debitorem acquirere *L.* 54. §. 1. *de furt.* et sæpe vel magno ære redimitur ultio de inimico.

10) Duar. ad *d. L.* 33. *circ. fin.* Reponitur in pristinum statutum, quantum ad factum attinet, licet iure ipso statum non mutaverit.

11) Menoch. *Arb. Cap.* 15. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 36. *n.* 16. Coras. in *L. admonendi* 31. *D. de iureiur. Part.* 2. *n.* 23. *et SC. Tolos. C.* 37. Vant. *de Nullit. ex defect. process. n.* 532. Trentacinq. 2. *Tract. Resol. tit. de sentent. Resol.* 3. Bronch. 4. *Enunt.* 14. Sed recte Donellus cum quo Zas. 1. *Sing. Resp.* 13. *et ad d. L.* 33. Duar. *ibid.* Myns. *ad Cap.* 3. *extra de fid. instr. n.* 7. *et* P. Grangian. *Paradox. cap.* 27. Quia, ait, vitium hoc est formale. Irritat itaque sententiam etiam citra restitutionem in integrum, quæ circa vitia accidentaria; Ad hæc cessat hic præsumptio veritatis, qua res iudicata pro veritate habetur. Plane si contra minorem lata sit sententia talis, nullam esse eam DD. vulgo admittunt per *L. 1. Cod. si tut. vel cur. fals. alleg.* Menoch. *d. Cap.* 15. *n.* 11. Bronch. *d. loc.* Anton. de Gamma *Decis.* 110. *n.* 42.

gis in hoc genere in integrum restitutione opus esse, quam in cæteris. Primum si qua in hac specie in integrum restitutio est, quando cæteræ caussæ huius restitutionis deficiunt: oportet sit ex ea parte edicti, qua Prætor edicit, *Si qua sibi alia iusta caussa esse videbitur, se in integrum restituturum*, *L.* 1. *in fin. supr. ex quibus caussis maior.* At hac clausula Prætor his tantum fere auxilium pollicetur, qui per absentiam suam iustam quid amiserunt: ut Ulpianus pluribus ostendit in *L. sed etsi*, §. *ult. et L. nec non, supr. ex quibus caus. maior.* Utcunque sit, certe inauditum est, hanc clausulam ad eos, qui sententia iudicis læsi sunt, pertinere. Alioqui si quis per errorem aut imperitiam iudicis condemnatus sit, ex hac parte restituetur, multoque magis si ambitione iudicis, aut odio, aut alia perturbatione id factum sit. Quod nemo dicit. Ac demus etiam huius clausulæ auxilium paratum esse iis qui ita sententia iudicis læsi sunt. Attamen hoc conceditur tunc solum paratum esse, cum quis necessitate aliqua, non voluntate, aut sua culpa læsus est, dicta L. *sed et si*, *in fin. ex quibus caussis maior.* nunc autem culpa est condemnati, si cum sciret se oppressum falsis instrumentis, aut testimoniis, non statim provocavit. Quare nisi sententia ipso iure nulla est, utique hoc casu ex hac clausula caussa non restituetur.

11 Quid autem † de re ex falsis instrumentis iudicata constitutionibus cautum est? Et scribitur [12] diserte in L. *qui agnitis*, *infr. de except.* caveri, si res iudicata esset ex falsis instrumentis, et postea falsa inveniantur, nec rei iudicatæ præscriptionem opponi. Quis neget his verbis demonstrari rem pro iudicata non haberi? Nam profecto si sententia valeret, obstaret iure prætorio agenti exceptio rei iudicatæ: quam Modestinus negat opponi. Quod si hoc in falsis instrumentis valet, valeat in falsis testibus, quando utriusque generis par caussa et vis est in negociis probandis. Sed hoc genus sententiarum cum reliquis sententiis iniustis comparemus. Venales sententias, idest, eas quas iudex pecunia corruptus tulit, constat non valere. Utrum ipso iure, an postea rescindi? Omnes consentiunt ipso iure nos non tenere L. *venales*, *Cod. quand. provoc. non est necess.* Quid ergo caussæ afferri potest, cur venalis potius nullius momenti sit, quam quæ ex falsis instrumentis aut testimoniis lata est? Imo quid afferri potest, cur hoc genus posterius non potius nullum iudicandum sit? Quid, an iis prodesse debebit, qui adversarium falsis instrumentis aut testimoniis oppresserunt? Sed turpius est cum iudex ipse corruptus est. Sane turpius: sed tanto minus sententia iudicis firmitudinis habere debet: quanto magis a litigatoribus circumventus contra ius et æquum iudicavit, vel ex ipsius iudicis sensu. Etenim qui sciens male iudicat, hoc ipso ratum esse vult, quod iudicat. Cuius autem religio circumvenitur, is non probat, quod iudicat, nec vult id valere; qui si sciret, quomodo se res haberent, sine dubio non ita iudicaret. Iam vero ubi patrono caussæ prævaricante contra reum iudicatum est, non magis hic ulla iudicis circumventi turpitudo est, quam tunc cum falsis instrumentis, aut testibus deceptus iudicat: sola utrobique adversariorum conspiratione sine opera iudicis reus opprimitur. Atqui de hoc genere nihil amplius cautum est in L. 1. *Cod. de advocat. divers. iudic.* quam patrono accusato et prævaricationis impleta accusatione, non defuturam adversus eum pro temeritate commissa sententiam, atque ita futurum, ut de principali caussa denuo quæratur. In qua quæstione si restitutionem in integrum intervenire debere interpretamur, nihil caussæ est, cur non interpretemur, eandem in omnibus caussis intervenire debere, in quibus dicitur sententiam retractari posse atque adeo in ipsa accusatione criminis, de qua superior lex loquitur. Quod si in hac specie absurdum, et ineptum est: non est cur re falsis instrumentis aut testimoniis iudicata, quæ par caussa est, aliud statuamus. Sed hæc in re non necessaria nimis meo iudicio multa, quæque ita tantum protuli, ut iis, qui sententiam contrariam sibi eripi nolunt, satisfacerem. Etenim nihil tam multis opus est. Unum satis esse debet, ut in posterum omnes controversiæ conquiescant, quod subiicio. Constat, etsi reus absolutus est, nihilominus tamen perseverare actionem: et ideo ipso iure de eadem re postea adversus eum agi posse, §. *item si in iudicio*, *Institut. de exception.* Hoc quandocunque faciet, recte et iure civili faciet: proinde et sine ulla in integrum restitutione. Quid reus contra, qui dolo et malis artibus sententiam extorsit? Obiiciet scilicet rei iudicatæ exce-

[12]) Leve est quod Bronch. *d. Ax.* 14. *ex* Menoch. *d. Cas.* 15. regerit in *d. L.* 11. relationem fieri ad constit. principalem *quæ in d. L.* 33. proinde ex ea declarandam esse. Neque enim apparet omnino ad illud Hadriani rescriptum d. *L.* 33. respici, sed dicitur *d. L.* 11. principalibus constitutionibus in plurali manifeste caveri. Quin potius igitur *d. L.* 33. declarationem accipit ex *d. L.* 11. quam vicissim.

ptionem. At parata est agenti doli mali replicatio. Nisi dolo malo et malo more consecutus sit, ut iudice circumvento secundum te iudicaretur: qua replicatione exceptio removebitur. Nam et in transactione, quam quis dolo malo extorsisset, puta subtractis instrumentis idem fieret, *L. sub prætextu, Cod. de transactionib.* nec vero transactio minorem vim habet, quam res iudicata, *L. non minorem, Cod. eod.* Quod si reus conspiratione Actoris oppressus, et condemnatus sit, tum vero illo agente adversus actionem iudicati multo magis dabitur doli exceptio, quæ parata est adversus omnes, qui dolo malo consecuti sunt aliquid, quod summo iure tuentur. *L. 1. infra, de doli mali exceptione.* Et in hoc genere fraudis, qua reus aut actor sententiam extorquet, nulli hanc fraudem prodesse debere scriptum est in *L. 1. Cod. si tutor falsum allegaver.* Itaque, si hoc totum genus sententiarum a duobus prioribus, quæ initio proposuimus, separare velimus, ita licebit secernere, ut in his sententia ipso iure non valeat; In tertio per exceptionem infirmetur, aut replicationem. Qua ratione non in falsis testimoniis, aut testibus consistemus: sed generaliter recte defendemus, quocunque modo factum sit dolo malo adversarii, ut iudice circumvento secundum eum iudicaretur, toties rem iudicatam victo non nocere: de quo dicam ad *L. Imperatores, infr.*

Ad L. Si victum. 34.

Licinius Ruffi. lib. XIII. Regularum.

Si victum vel stratum inferri in carcerem quis iudicato non patiatur, utilis in eum pœnalis actio danda est (ut quidam putant) iniuriarum cum eo agi poterit.

SUMMARIA.

1. *Iudicato in carcerem detruso dimensum seu quotidianum victum præstari ad certam quantitatem ex* L. XII. Tabb.
2. *Qui inferri iudicato victum prohibet, num actione aliqua teneatur, quæ dubitandi ratio.*
3. *Et qua idem actione teneatur.*

QUæstio proponitur de victu, qui infertur iudicato. Ne forte mirum sit, cur hoc in iudicato quæratur potius, quam in quovis alio, cui victus in domum infertur, hæc quærendi occasio est. Sciendum est, † [1] iudicatum, qui solvendo non est, 1
in

1) *Nov.* 135. ubi per cessionem bonorum remitti dicitur ἡ τοῦ σώματος τιμωρία, Hott. *Ill. Q.* 26. De carcere mancipandis debitoribus, et qui personæ conditione vel privilegio ab eo immunes, plura referre possem, sed pagellarum angustia non permittit. Videri possunt Menoch. 1. *Arb. Q.* 88. Parlad. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 6. Caccial. *de debitore suspecto et fugitivo.* Ant. Sola *ad const. antiq. Sabaud. Rubr. de Captura debitoris pro caussa civili; decreto abusionibus etc.* Asin. *Tract. de Exsecut.* §. 2. *C.* 2. *et seqq.* Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 6. *et Decis.* 134. *n.* 40. *et seqq. ac Decis.* 140. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 97. Fr. Munnoz. *de Ratiocin. C.* 35. Guid. Papæ *Q.* 62. *et ibi additionatores.* Moller. 1. *Semestr.* 36. *et ad Nov. Elect. Sax.* 22. *P.* 2. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 25. Modest. Pist. *Part.* 1. *Q.* 39. Spekhan. *Cent.* 1. *Q.* 19. Wurms. *Lib.* 1. *Tit.* 28. *Obs.* 8. Wehner. *Obs. pract. de V. S. V. Gefengnis.* Et præter hos in specie de muliere quatenus immunis. *Nov.* 134. *C.* 9. *auth. sed hodie Cod. de offic. divers. iud.* Gomez. *in L. Tauri.* 62. Damhuder. *Praxi civ. C.* 64. *n.* 10. *et seqq.* Gutierrez. 2. *Lib.* 2. *Pract. Q.* 25. *et* 2. *seqq.* (ubi nec si tutrix omni legum auxilio renunciaverit, *d. Q.* 26. nec si meretrix nupta, *d. Q.* 27. *et* Langlæ 8. *Semestr.* 8. *p.* 338. Damhuder. *d. C.* 64. *n.* 13. quia, ait, ob honorem matrimonii habetur honesta. Intellige, si in coniugio pudice vivat, quæ ante pudorem suum prostituit. Nam si adultera, tanto inhonestior meretrice, quanto gravius delinquit) Rob. 2. *Rer. iudic.* 6. Lutetiæ contra pronunciatum refert, nempe Constit. regia generali de carceris tædio compellendis iudicatis, ni intra quadrimestre solverint, mulieres quoque comprehendi. Male Fabius Arcades mulierem, quæ pro alia dotem promisit, posse compelli carceribus, per *L. ult. C. ad SC. Vellei.* Nam immo hæc non tenetur ultro quam facere potest, sive pro filia promiserit ob coniunctionem, sive pro extranea ob liberalitatem. De nobili Gomez. *in L. Tauri.* 79. *n.* 1. Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. *ipsi* 15. §. *eleganter.* 1. *Sol. matr. n.* 13. *et seqq.* Hering. *de Fideiuss. Cap.* 10. *n.* 368. et seqq. fuse Gutierrez *de Iuram. confirmat. P.* 1. *C.* 16. De Doctore Gomez *in L. Tauri* 83. *et finalem n.* 17. Caccialup. *de Debit. fugitiv. Q.* 5. *n.* 9. *et* 10. Hartm. Hartm. *Obs. misc. C.* 1. *Obs.* 4. *n.* 6. Matth. Brun. *de Cess. bon. Q.* 10. *Quæst.* 4. *prcipalis n.* 3. In specie de medicinæ Doctore (in quo scilicet maius dubium. Confer. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 9. *t.* 28. *Defin.* 9. *et* 10.) cavente Statuto, de non capienda persona militari, Ludov. a Peguera *Decis.* 164. Olim quoque Senatores et clarissimæ personæ liberæ custodiæ concedebantur, quæ opponitur arctiori, quia laxius in illa spatiari licebat, vid. Hot. 9 *Obs.* 4. Rævar. 3. *Var.* 12. Hering. *ex Lipsio de Fideiuss. Cap.* 10. *n.* 373. *et seq.* Io. Savaro *Com. ad Sidon.* 1. *Epist.* 7. Senem ex debito civili non quidem carcere relaxandum, sed nec arctiori, verum mitiori custodiæ includendum esse, Senatus Pedemontan. censuit, Cacheran. *Decis.* 123. Mirum visum est, quod Choppinus memorat. *Lib.* 1. *de Privil. rust. P.* 1. *C.* 7. rusticos regia Gallorum lege ob æs qualecunque alienum in carcerem abduci non licere, præterquam in fiscalibus nominibus et mercede a colono debita domino. Quæritur; Num huic immunitati renunciari possit? P.

in carcerem coniici posse, ibique detineri, quamdiu non solvat, neque bonis cedat, L. 1. *C. qui bon. ceder. poss.* Idque effectum est lege XII. tabularum: quæ [2] iudicati ducendi fecit potestatem, eiusque vinciendi nervo, aut compedibus, ut lex refertur apud Aul. Gell. *Lib.* 20. *Cap.* 1. Etiam illud eadem lege cautum fuit, ut qui iudicatum in carcerem detrusisset, ei [3] dimensum præstaret ad certam quantitatem, quæ lege expressa est. Si plus præstare vellet ipse, aut alius, ostendit lex ius esse. Hoc posito, quam eius, qui in carcere inops degit, omniumque similium personarum egentium, qui publico aliquo in loco detinentur ita, ut se inde movere non possint, quales sunt, qui in ptochotrophiis morbo afflicti iacent: quam omnium, inquam istorum intersit, aliorum hominum erga se liberalitatem non prohiberi, postquam ipsi victum quærere non possunt,

Barbosa *supr. d. loc.* affirmat in nobile. Quia etsi propter reverentiam, ait, privilegium habeat, non tamen debitam ceu capiti ac superiori. Et privilegio ratione dignitatis concesso renunciari probat *L. pen. de C. de pact.* Licet vero Clerici privilegio fori abdicari nequeunt, discrimen tamen id esse vult, quod in his ius publicum principaliter per *L.* 1. §. 2. *de iust. et iur.* in nobilibus autem secundario, et privatim primario consistat. *Ibid. n.* 24. mulierem quoque renunciare posse, ut tamen carceri separato, non viris communi tradatur. Quod et Augusto Saxon. Electori placuit *Nov. sua* 21. *p.* 2. De renunciatione ista accuratius Gutierrez *supr. d. C.* 16. De conventione qua debitor, ni sua die solverit, se ad carcerem obligat, quæ approbata *d. Nov. Elec.* 21. *p.* 2. num iure communi teneat, et quæ eius vis vid. Zas. 2. *Sing. Resp.* 8. Mynsing. 6. *Observ.* 51. Asin. *de Exsecut.* §. 8. *C.* 2. P. Barbosa *ad d. L. alia* 14. §. 1. *Sol. matr. n.* 42. *et* 2. *seqq.* Moller. 1. *Semestr.* 35. *et ad d. Nov.* 21. Confer. Hering. *de Fideiuss. Cap.* 10. *n.* 167. *et seqq.* Frid. Martini *de Iure censuum. Cap.* 4. *n.* 22. *et seqq. et Cap.* 6. *n.* 351. *et seqq.* Menoch. *Arb. Lib.* 1. *Q.* 7. *n.* 12. ubi docet moribus effici posse, ut corporali quis se alliget pœnæ. Ista autem conventione non excludi bonorum cessionem vult Coler. *P.* 1. *C.* 6. *n.* 110. quia ait, cum illi expresse renunciari nequeat (vid. tamen *not. supr. ad L.* 16. *et seqq. N.* 15.) minus tacite. De obligatione ad obstagia (ab Augusto Elect. Sax. prohibita) *Nov. sua* 22. *p.* 2. vid. Gail. 2. *Obs.* 45. Coler. *P.* 1. *C.* 8. Modest. Pist. *Q.* 138. Moller. 3. *Semestr.* 30. Hering. *de Fidei. Cap.* 17. *n.* 66. *et seqq.* Ventura de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *C.* 2. *n.* 27. *et seqq.*

2) Quin postquam 60. dies in vinculis habitus trans Tiberim peregre venundari et, si plures creditores, in partes secari poterat. Agell. *d. loc.* De qua veteri de nexis lege, eius item vera lectione vid. Cuiac. 3. *Observ.* 39. Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 8 Theod. Marcil. *Collect. L.* 12. *tab. Cap.* 18. Cont. 2. *Subsec. lect.* 18. Forner. 1. *Select.* 6. Bodin. 1. *de Repub.* 5. Broidæ. *in supplem. hist. fori Pollet. Lib.* 5. *C.* 18. Covar. 2. *Var. Resol.* 1. *n.* 1. Menoch. *Arb. Cap.* 183. *n.* 5. *et seqq.* Itemque Ioseph. Scal. *in Festo V Nervum* Sigon. 1. Emend. 35. Iac. Nicol. Loensis 9. *Miscell. Epiphill.* 1. Hieron. Mag. 1. *Misc.* 8 qui negat hoc ius ex Solonis ac Græcorum legibus acceptum fuisse. Sicuti Alex. ab Alex. 6. *Gen. Dier.* 10. Solonem Athenis corpus pro re addici vetuisse. A rigore illo decemviralis legis parum abest hodiernum Indorum Calentii institutum, ceu ex Ludov. Vartomanni itinerario refert Anton. Tessaur. *Decis.* 153. *n.* 2. Apud Chinenses ære alieno pressi in carcerem coniiciuntur, tempus solutioni præfinitur. Quo nisi credito paruerint, verberibus cæduntur, alio deinde die statuto acriores plagæ infliguntur, donec ad necem usque cæsi fuerint, Io. Consalv. Mendoza *Lib.* 3. *de Regno Chinæ. Cap.* 10. Sublata autem apud Romanos illa crudelis de nexis lex non desuetudine sed consulari lege expressa ob L. Papirii in Publio adolescente venusto attentatum flagitium, de quo Liv. *Lib.* 8. Forst. 2. *de Success. intest.* 18. *n.* 57. Ræv. *d. Cap.* 8. *in fin.* ut tamen adhuc in compedibus servari possent, ad operas præstandas, donec credito satisfiat, vid. Rævard. *d. loc. et* 4. *Var.* 18. ubi docet, sublata ea lege adhuc viguisse addictionem voluntariam, qua se in servitutem, addici passi fuerint debitores, donec creditum exsolvissent, de quo accipit *L.* 12. *C. de O. et A.* Ad consularem istam legem respicere puto illa Caii Manlii apud Salust. *in Catilina C.* 33. Neque cuiquam nostrum licuit more maiorum lege uti, neque amisso patrimonio liberum corpus habere, tanta sævitia fœneratorum atque Prætoris fuit. Ubi Henric. Glarean. *in Com.* quæ sit illa L. nihil se certi adferre posse scribit. Reliqui, Rivius Popma, P. Ciaconius omnino prætereunt. Iure Sax. quo debitor ad manus creditoris condemnatur, ut illi in vinculis ac compedibus operas serviles præstet, reductam esse quadantanus illam duritiem veterem notat Coler *de Process. P.* 1. *C.* 6. *n.* 128. eamque L. perfidia debitorum inspecta ratione non carere Gail. 2. *de Pac. publ.* 2. *n.* 23. Sed dispositionem eam D. Augustus Elector penitus sustulit, *d. Novell.* 22. *p.* 2. apud Hispanos addictionem debitorum in servitutem denuo vigere et passim in foro observari, testatur Franc. de Caldas *ad. L.* 3. *Cod. de in integr. rest. indefinit. v. sua facilitate n.* 52. Add. Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 5. §. 7. *n.* 4. Confer *not. supr. ad d. L.* 6. *D. N.* 15.

3) Quo de verba hæc L. 12. tab apud Agell. *d. C.* 1. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit libras farris in dies dato. Si volet plus dato. Sed Rævard. in *LL.* 12. *C.* 8. emendat ita: libram farris endo die (idest quotidie) dato. Ex seqq. enim si volet etc. liquere certam farris quantitatem legem expressisse. Quæ et ratio Guil. Fornerii 1. *Select.* 6. Si nescis, ait, quantum ἐνθέσαι (infinita enim locutio esset) ignorans et quid ἐνσυγχρίσει. Unde pro *libras* reponit *libra.* S. idest, selibra. S. enim ceu notam semissem significasse. Sed notatur a Cuiac. 9. *Obs.* 37. tum quod *libra* S. non selibram sed sesquilibram denotet, tum quod selibræ modus angustior sit *ibid* Cuiac. verbis *libras farris* in singulos nexos unam significari. Sed non convenit series verborum præcedd. et seqq. quæ de una loquuntur. Potius dicendum significari singulas libras in singulos dies, vid. Fopp. ab Aezema 1. *Dissert.* 15. Libram sane farris servorum diarium seu victum diurnum fuisse probant illa Horatii 1. *Sat.* 5.

. . . . . cui satis una
Farris libra foret gracili sic tamque pusillo.

unde Forner. refellitur. Libras autem non panis, *ut* Cuiac. 11. *Obs.* 22. sed pultis significari, ex prisco victu vult Marcil. in *L.* 12. *tab. collect. C.* 18. Huc respicit Terent. *Phorm.* 2. *Sc.* 2. ubi Phermio:

Mihi sciunt nihil esse, dices damnatum domum
Alere nolunt hominem edacem . . . .

Ducebantur enim addicti domum ibique nervo, scilicet catulo ferreo colli vinculo vel compedibus vinciebantur, unde Nexi dicti, Marcil. *d. C.* 18 Quatenus debitor inops carceri inclusus, expensis creditoris ali debeat, Viv. *Lib.* 4. *Decis.* 529. Maranta *in Singularib. lit. C. pag.* 601. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 87. *et seq. et C.* 6. *n.* 92. *et seqq. ac Decis.* 281. Damhuder. *Praxi civil. C.* 64. *n.* 24. Contraria tamen consuetudo multis locis viget, sicuti Pragæ, Noribergæ, etc. inclusi *in den Schudlthurnen* miserrima quiritatione stipem a prætereuntibus emendicare audiuntur. Quin et *ex Nov. Elect. Sax.* 12. *p.* 1. ipsi debitori de alimentis consequendis dispiciendum. Quo satis ostenditur ex eleemosynis ipsi videndum esse. Moller. 1. *Semestr.* 36. (etsi dissentire videatur Coler. *d. Decis.* 281. ubi tamen ab editæ constitutionis tempore, se non meminisse quemquam obæratum in carcerem publ. coniectum fuisse testatur. Sane noviss. Constit. sereniss. Principis nostri in *Resolut. gravaminum conventus Torgensis tit. Iustitiensachen*, *Artic.* 9. ut debitor excussus carceri publico tradatur, et ni creditoris facilitate victus suppeditetur, stipem loco constituto colligi, et captivis distribui debere cautum est.

sunt, aut si prohibeatur, superioribus paratam esse adversus hoc factum tam iniuriosum actionem: etiam me tacente facile
2 quivis intelligit. Inde quæsitum † si quis forte prohiberet, ne iudicato in carcerem inferantur ea, quæ ad 4 victum vel ad stratum pertinent, sitne iudicato adversus eum aliqua actio eo nomine. Nec abs re hac quoque de actione dubitatum est. Non enim facile hic ulla occurrit actio quæ iudicato detur, neque ex contractu, neque ex maleficio. De contractu constat, nihil enim is contrahit, aut negotii gerit, qui victum inferri prohibet. Sed nec in iudicatum delinquit, ut quidem delictorum genera numerantur: non enim quicquam furto amovet; non vi eripit: sed nec videtur damnum dare, qui nihil de rebus iudicati deminuit, rumpitve. Quod enim infertur, aut non est iudicati; aut si eius est, manet integrum nihilominus, ut ante. Ne iniuriarum quidem actio est. Quam enim iudicato iniuriam facit, qui neque eum pulsat, neque ei convitiatur, neque quidquam facit, quod ad ipsius contumeliam pertineat? Ideo, ut dixi, de actione, an ulla esset, quæsitum est, deque ea re ob suprascriptam caussam constituendum fuit diligentius, quod hic fa-
3 ctum est. Et ait † Ruffinus: *Utilis in eum pœnalis actio danda est, vel (ut quidam putant) iniuriarum cum eo agi potuerit.* Pœnalem actionem hic accipere debemus, actionem ex lege Aquilia de damno dato, quia ut is damnum dat, et hac actione tenetur, qui pecus non occidit, sed ita inclusit, ut fame necaretur, §. *ultim. Instit. de lege Aquil.* ita et is, qui victu et strato prohibito fecit, ut iudicatus in morbum incideret, aut debilitaretur. Uterque enim pariter caussam damni dedit. Et ideo in hac actione in hoc agetur, quanti sit, quod inferebatur iudicato, et præterea si iudicatus in morbum vitiumve ex ea re incidit, quod rebus necessariis, quæ inferebantur, caruit; id detrimentum omne illi sarciatur, de quo vide *L. ultim. supr. de iis, qui deiecerunt vel effud.* Sed erit hæc actio utilis, non directa duabus de caussis. Una, quia is, qui prohibet victum inferri, corpore suo damnum non dat, dicto §. *ultim. de lege Aquilia.* Altera, quod actio directa legis Aquiliæ soli domino datur, L. *item, Mela*, §. *legis, supr. ad legem Aquiliam.* At de damno corporis liberi actio domino dari non potest, etiamsi maxime detur ei, qui damnum passus est, quoniam nunc existimatur dominus esse membrorum suorum, oportet enim aliud esse, qui rem habet, et aliud id, quod habetur, *L. liber*, supr. *ad legem Aquiliam.* Iniuriarum actio erit in hac specie eodem exemplo, quo datur adversus eum, qui nec rebus publicis uti prohibet, aut nostris, L. *iniuriarum*, §. *si quis me*, *infr. de iniur.* L. *qui pendentem*, supr. *de action. empt.* Non enim magis pertinet ad libertatem nostram, et ius civitatis uti rebus publicis, cum lex usum dat earum rerum: quam uti alieno beneficio, et liberalitate, cum offertur.

4) Hinc Q. quid victus et strati verbis contineatur, de quo *L.* 43. et 2. seqq. *de V. S.* ubi vid. Gœd.

Ad L. Imperatores 35.

Papyrius Iustus Lib. II. Constitutionum.

Imperatores Antoninus, et Verus rescripserunt quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat: tamen in negotio publico ex caussa permittere se huiusmodi instrumentis uti.

SUMMARIA.

1. *Res inter privatos iudicatas prætextu novorum instrumentorum instaurari non posse.*
2. *Nisi tamen in illis fraus et dolus adversarii arguatur.*
3. *Neque de caussa legati aut fideicommissi nullo apparente testamento iudicata iterum agi posse eo reperto.*
4. *Contraria removentur.*
5. *Caussas publicum incommodum continentes licet iudicatas retractari ex caussa: hæc duplex et qualis utraque.*
6. *Rem adversus rempub. iudicatam minime rescindi, si curator reip. qui est in culpa, sit solvendo.*
7. *Difficultas ex* L. unic. C. de sent. adv. fisc. Lib. 10. *adducta removetur.*

Satis iam dictum est rei iudicatæ standum esse, etsi iniuste quis condemnatus, aut absolutus sit, *L. præses infr.* si modo ea removeris, de quibus dixi ad L.

Di-

Divus, *supr.* Id ut certius esse intelligeremus, addiderunt constitutiones, res iudicatas, ne prætextu quidem novorum instrumentorum, idest, post rem iudicatam repertorum retractari posse, L. *sub specie*, *C. de rei iud.* Idem inculcatur hoc loco: sed interpretantur Imperatores hanc constitutionem valere in rebus privatis: in negotio publico non
1 eodem modo. De rebus † igitur privatis prius dicatur, statuamusque hoc, quod supra posui, obtentu instrumentorum postea repertorum res iudicatas retractari non posse. Utputa, cum actor decem mutuo peteret, et probare non posset ea deberi, reus, ut iuris ordo postulat, absolutus est, *L. qui accusare*, *C. de edendo*, si actor postea reperiat eius mutui tabulas, hisque probatis iterum agat, non audietur, idemque est, si fingas reum, cum diceret se solvisse, neque id probare posset, condemnatum esse: postea apocham solutionis reperisse, nihilo enim magis recusare poterit iudicati actionem, aut solutum ex ea caussa repetere. Sed meminisse oportebit: has constitutiones tunc solum locum habere, cum res iudicata retractatur ob hanc caussam, quod dicantur instrumenta de re
2 postea esse reperta. Diversum † est, si præter hæc instrumenta factum aliquod fraudulentum adversarii arguatur, propter quod consecutus sit, ut priore iudicio secundum eum indicaretur. Et ideo si [1] priore iudicio iudex a reo iusiurandum exegerit, et cum iurasset, secundum eum pronunciavit, ut fieri in dubiis caussis solet: constitutum est novis instrumentis postea repertis licere de eadem re ex integro agere, *L. admonendi*, *supr. de iureiur.* Recte: hic enim coercetur periurium adversarii; quod illi prodesse nequaquam oportet. Idem probandum est, si [2] adversarius instrumenta, quæ postea reperta sunt, subtraxerit, quibus subtractis facile extorserit, ut secundum se iudicaretur. Nam si is, qui hac arte transactionem extorsit, adversus transactionem exceptione aut replicatione doli repellitur, L. *sub prætextu*, *C. de transaction.* etiam ei, qui idem fecerit in iudicio, adversus actionem iudicati doli exceptio, aut adversus exceptionem rei iudicatæ, doli replicatio obstabit, ut dixi ad *L. Divus*, *in fi. sup.* non enim minorem auctoritatem habet transactio, quam res iudicata, L. *non minorem*, *C. de transact.* Neque hæc cum dicimus, quicquam discrepans dicimus ab eo, quod costitutum est, sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas instaurari non posse. Nam suprascriptis duabus caussis non propter instrumenta tantum res retractatur, sed propter circumscriptionem adversarii. Quod si nullus dolus adversarii arguetur: manebunt hæ constitutiones, quæ vetant res bona fide actas et iudicatas ullo prætextu revocari. At quid si [3] is, qui nova instrumenta reperit, iisque nunc utitur, dicat se eorum instrumentorum facultatem antea habere non potuisse? Ne sic quidem audiendus est. Nam nec transactiones bona fide interpositæ prætextu instrumentorum postea repertorum, quamvis ea adversarius antea non habuerit, retractantur, *L. sub prætextu*, *C. de transaction.* Hic tamen ambigitur, † num 3
ex omnibus caussis privatis, unam excipere debeamus: caussam legati videlicet, aut fideicommissi, de quo non apparentibus tabulis testamenti actum et iudicatum est. Ut ecce: cum quidam diceret sibi decem legata esse testamento Titii, ea ab herede petiit, et testamento latente, quia de legato docere non poterat, heres absolutus est. Reperto postea testamento legatarius eadem decem petit: quæ constat testamento esse legata. Quæstionis est, an per speciem testamenti postea reperti de legato recte iterum agatur. Ego puto etiam hanc caussam ad has constitutiones pertinere, idest, caussam in hoc genere decisam, nec testamento postea reperto instaurari posse. Nihil enim excipiunt constitutio-

1) Vulgo ratio redditur, quia lata est ex probationibus privilegiatis, non autem veris et ordinariis, vid. *not. supr. Tom.* 10. *in Comment. ad Tit. de Iureiur. Cap.* 11. *N.* 27. Sicuti et alias sententias ex iisdem latas rescindi receptum est. Hinc etsi caussa per testimonia decisa, æque testes novi non audiantur per *L.* 15. *Cod. de fid. instr.* id tamen ita si priores de re comperta, et sensu aliquo corporis percepta dixerunt. Secus si de eo quod sibi visum fuit, dum ratione colligerent, vel ut vulgo de credulitate, Maranta *h. t. n.* 134. Unde sententiæ ex relatione peritorum artis latæ rescissioni subiacent, ut *supr. lib.* 26. *civil. Comment. Cap.* 1. *n.* 7. Hinc sententia ex aspectu de ætate lata retractatur, errore detecto *L.* 32. *de minor. C. fraternitatis extra*, *de frig. et malefic.* Coras. *in L. admonenti Par.* 2. *n.* 7. Beust. *ibid. n.* 60. Marant. *P.* 6. *h. t. de sentent. n.* 136.

2) Item si prævaricatio inde liqueat, aut si sententia per instrumentum illud nullitatis arguatur, ut si sententiam antea de eadem re latam contineat, quia exinde certum posteriorem sententiam non valere *L.* 1. *C. Quan. prov. non est nec* Coras. *SC. Tolos. Cap.* 37. Mins. 4. *Obs.* 60. *n.* 6.

3) Consentit Fachin. post Cuman. et Fulgos. quos citat 1. *Contr.* 51. Contra DD. vulgo si ignorantia probabilis, restitut. in integrum, indulgent ex generali clausula, *si qua iusta caussa.* Vid. Sfort. Odd. *de Restitut. in integr. Q.* 72. *Art.* 3. Itaque usu passim servari scribit Coras. *d. C.* 37. maxime si reus condemnatus sit Duaren. ad *d. L.* 37. ex circumstantiis caussæ debere sumi vult, num æquitas ea ut detur restitutio. Veluti si reus successit alteri et diligentiam magnam adhibuit in quærendis instrumentis. Quia non est quod ei imputetur quod minus in fructus litigaverit, quod contra actori vitio verti potest. Cæterum hic tutius esse monet Myns. 4. *Obs.* 60. ut ante sententiam protestetur se instrumenti copiam nunc non habere, quod postea se reperturum speret.

tiones præter negocium publicum. Nec me movent ea, quæ in contrariam partem a ple-
4 risque dicuntur: Aiunt [4], † quod et verum est, de iis controversiis, quæ ex testamento pendent, nisi inspectis et cognitis verbis testamenti, transigi non posse, *L. de his, supr. de transaction.* Ex quo effici volunt, in eadem caussa res iudicari posse. Hoc vero non recte: non enim bene in hac re comparatur res iudicata, et transactio. Etenim de iis controversiis, quæ ex testamento pendent, nec natura transigi potest: qualis tandiu nulla esse potest, ut docui alias suo loco: at res ipsa nos docet, peti posse aliquid ex testamento, quamvis inde nihil debeatur: et cum petitum fuerit, reum absolvi aut condemnari posse. Obiiciunt etiam constitutionem Iustiniani, qua cautum est de eiusmodi lite iureiurando decisa: non apparentibus tabulis testamenti legatarius delata conditione ab herede iuravit, sibi aliquid legatum esse; prolatis postea tabulis, quibus constet nihil esse legatum, ille constituit iusiurandum retractari posse et repeti, quod ex ea caussa solutum est. *L. ultim. C. de rebus credit. et iureiurand.* Volunt scilicet, ut iusiurandum de his controversiis, quæ ad testamentum pertinent, non existente testamento interpositum, retractari potest: sic posse et rem iudicatam: quia utriusque in expediendis litibus vis sit eadem, atque adeo iurisiusandi maior, *L. 2. supr. de iureiurand.* Sed perspicuum est, aliam esse caussam eius, qui iudicio obtinuit, sine dolo malo suo; aliam eius, qui sciens falsum iuravit, qui ut aliquid haberet, consecutus est periurio, quod ei iniquum est prodesse, ut sæpe iam dixi. Et hanc quidem rationem constitutionis suæ diserte reddidit Iustinianus in dicta *L. ult.* Nam quod dicitur iusiurandum parem, aut etiam maiorem vim habere, quam rem iudicatam, ideo dicitur, quia iureiurando quodammodo transigitur, dicta *L. 2. L. admovendi in fin. de iureiurand.* Unde licet intelligere, quibus in caussis transactio non admittitur, cuius generis sunt eæ, quæ ex testamento pendent, nondum inspectis verbis testamenti: in his nec iusiurandum valere debere pro transactione, uti nec pro transactione receptum est superiore constitutione Iustiniani. Atque hæc in negotiis privatorum locum habent. In negocio † 5
publico permittunt Imperatores novis instrumentis uti. Publicum est, quod ad fiscum, quod ad civitatem pertinet, *L. eum, qui, L. inter, infr. de verbor. signific.* Item quod pertinet ad ecclesias. Unde ius publicum dicitur etiam, quod in sacris consistit. *L. 1. §. huius studii, supr. de iustit. et iure.* Permittunt uti, nempe [5] fisco, civitati, [6] ecclesiæ, quæ propter inopiam horum instrumentorum prius victa est. Sed permittunt ex caussa. Caussa cur retractetur negocium publicum, duplex est. Una, si aliqua fraus adversarii arguatur, similiter ut in caussis privatorum: de quo ante diximus. Altera, si remota omni fraude adversarii fiscus aut respublica rem salvam aliter habere non potest, quam negocium restituendo. Id autem ita fit, si aut is, qui negocium publicum prius egit, non potuit copiam habere eorum instrumentorum, de quibus agitur: et omnino, si in eo, quod victus est, neque appellavit, omni culpa careat, aut non sit solvendo. Nam curator Reipublicæ, ut ii, qui privata negocia administrant, culpam præstat: qua remota, non tenentur. Sed etsi quid Reipub. culpæ nomine teneri cœperit; tamen si non sit solvendo, Reipub. actio est inanis, ut perinde sit quasi illa actionem non habeat, *L. nam is, supr. de dolo*, ut utroque modo Respublica adversus curatorem rem servare non possit. Hoc casu novis instrumentis postea repertis recte Respublica de eadem re cum debitore aget. Satius est enim rem perire privato, quam Reipub. præsertim, cum constet debitorem Reipub. iniuria esse absolutum, aut Rempublicam alio agente esse damnatam. Quod
si in † curatore Reipub. culpa est, quod Res- 6
pub. victa sit, aut quia non appellavit, et is solvendo est, potius is conveniri debet, quam res iudicata rescindi. Hæc sententia cum recipienda est propter auctoritatem rerum iudicatarum, argument. *L. servo, §. cum prætor,*

4) Ita Duar. ad *d. L.* 35. Coras. *d. C.* 37. Sfort. Odd. *de Restit. in integr. Q.* 73. *Art.* 4. Mediam sententiam fovet Fachin. 1. *Contr.* 52. ut si quidem posteriori testamento maior quantitas legatario relicta sit, agi exinde possit, quia nova petitio sit. Secus si priore testamento relictum posteriori prolato ademptum sit.

5) Quod de omnibus rebus publ. municipiorum, universitatibus et collegiis licitis accipit Mynsing. 4. *Obs.* 60. *n.* 7. Ubi *n.* 10. in hisce caussis etiam testes novos post sententiam recte produci statuit.

6) Coras. *SC. Tolos. Cap.* 37. Mynsing. *dict. Obs.* 60. *n.* 9. Beust. *in L. admonendi n.* 71. Fachin. 1. *contr.* 53. Enimvero, ut hoc ius ad pupillos et minores protrahatur nulla ratio urget. Satis enim hi per se restitutionis in integrum remedio communi muniti. Sane et sententiam contra matrimonium latam non transire in rem iudicatam tritissimum est, per *C. lator. 7. extra h. t. et simil.* Et illa igitur quibuscunque postea probationibus errore detecto retractabitur. Quo de vid. Gail. 1. *Obs.* 112. Pacia. *Cons.* 136. *et seq.* Contard. in *L. diffamari Cap.* 3. *n.* 171. *et seq.* Quæ tamen transit in iudicatum quoad instantiam. Vid. Bender. *de Revisione Concl.* 25. *n.* 61. *et* 65. Pari modo rescindentur aliæ sententiæ, quas iudicati vires non sortiri receptum est, de quibus Maranta *P.* 6. *h. t. de sentent. n.* 130. et seqq.

tor, *supr. ad Trebell.* tum recte defenditur exemplo minorum: qui ut Respub. in omnibus negociis, quæ propter tutores, aut curatores gesta sunt, læsi in integrum restitui possunt adversus eos, quibuscum negotium gestum est, *L. etiam, C. si tut. vel curat.* At excipitur res adversus minorem iudicata: de qua placet, quandiu is rem a tutore servare potest, tandiu eum negocium retractare non posse, nec impetrare restitutionem, *L. properandum*, §. *ultim. C. de iudic.* Huc accedit, quod nihil ex solemnibus iuris, nisi ubi evidens æquitas poscat, facile immutandum est, L. *etsi*, *infr. de reg. iur.* Solemne et publicum, atque usitatum ius est, sententias rescindi non posse, nec debere, Tit. *C. sent. resc. non* L. *servo cum*, §. *prætor*, *sup. ad Treb.* Porro nulla evidens æquitas suadet, licere Reipub. res iudicatas rescindere, quandiu res illi alia via salva esse potest. Tandiu igitur non retractabit. Existimaverit † tamen aliquis, argum. L. *unica*, *C. de sent. adver. fisc. lat. Lib.* 10. sine exceptione rem adversus fiscum iudicatam retractari posse. Nam in ea hæc verba sunt, *Caussas, in quibus contra fiscum iudicatum est intra triennium retractari posse, et post id tempus, si prævaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, notum est.* Sic aperte ad retractationem nihil exceptum est, dum intra triennium res revocetur. Sed observandum est, constitutionem hanc de tempore scriptam esse, intra quod res adversus fiscum iudicata retractari possit; non potest, nisi intra tempora superiori constitutione præstituta. Sed prima quæstio est, an possit retractari. Dicemus non posse, nisi ex sententia eius constitutionis, quam nunc interpretamur, et recte priores leges ad posteriores trahuntur, et posteriores ad priores, nisi sint contrariæ, L. *non est novum*, *infr. et* 2. *seqq. de legib.* 7

A. L. Pomponius. 36.

Paulus Libro XVII. ad edictum.

Pomponius libro XXXVII. ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali caussa cognoscenti, de re non liqueat: cæteri autem consentiant: si is iuraverit sibi non liquere: eo quiescente, cæteros, qui consentiunt, sententiam proferre: quia et si dissentirent, sententia plurium obtineret.

Ad L. Tunc autem. 37.

Marcellus Lib. III. Digestorum.

Tunc autem universi iudices intelliguntur iudicare, cum omnes adsunt.

Ad L. Inter pares. 38.

Paulus Lib. XVII. ad Edictum.

Inter pares numero iudices, si dissonæ sententiæ proferantur: in liberalibus quidem caussis (secundum quod a divo Pio statutum est) pro libertate costitutum, obtinet: in aliis autem caussis pro reo, quod et in publicis iudiciis obtinere oportet.

Si in diversis summis condemnant iudices: minimam spectandam esse, Iulianus scribit.

Ad L. Duo 39.

Celsus Libro III. Digestorum.

Duo ex tribus iudicibus uno absente iudicare non possunt: quippe omnes iudicare iussi sunt. Sed si adsit, et contra sentiant: statur duorum sententiæ. Quid enim minus verum est omnes iudicasse.

SUMMARIA.

1. *Si duo iudices dati sunt, oportet ut eorum sententia rei iudicatæ vim habeat ambos iudicare, et eandem ferre sententiam.*
2. *Tribus aut pluribus iudicibus datis, nullius momenti est sententia quam duo vel plures dixerint, uno absente, et quare.*
3. *Attamen duo ex tribus recte sententiam proferunt ubi consentiant, uno ex tribus præsente et quiescente.*
4. *Quomodo interpungenda sunt verba illa,* Quid enim minus verum est; omnes iudicasse?
5. *Cum sunt dispares numero iudices, et hi diversas ferunt sententias plurium sententiæ stari, et quare.*
6. *Inter pares numero iudices si diversæ ferantur sententiæ, vel ea sequenda quæ stat pro caussa favorabili, vel alias quæ favet reo, potior.*
7. *Si de pecunia numerata agitur, et alius in aliam summam condemnet iudex minor summa sequenda est, et quare.*

SI unus tantum iudex est, etiam rei ab eo iudicatæ standum est, L. *ait prætor*, *sup. eod.* Multo igitur magis, cum plures dati sint iudices, omnium sententiæ valebunt, si modo et omnes iudicaverint, et eandem sententiam tulerint. Sed fieri potest, ut pluribus iudicibus datis, aut non omnes iudicent: et si iudicant, diversas inter se sententias ferant. Quod cum accidit, quæritur, an eorum sententiæ valeant nihilo minus, an vero nihil plus agatur, quam si nemo iudi-
1 casset. Hac de re ita † statui debet ex fragmentis sequentibus et superioribus quibusdam. Si duo tantum iudices dati sunt, oportet ambos iudicare et eandem sententiam ferre, si eorum sententias valere volumus. Sive enim unus non iudicet, nihil plane agitur: sive uno iudicante alter dissentiat, utriusque sententia in pendenti est, donec competens iudex alteram confirmaverit, hæc ex *L. duo*, *sup.* Bene: quia omnes iudicare iussi sint. Nam non ubicunque pluribus res aliqua gerenda permittitur, necesse est omnes adesse in re gerenda: quia non hoc illis mandatur, ut omnes adsint. Et ideo quamvis decurionibus res civitatis gerenda committitur: ratum est tamen, quod maior pars decurionum aliis absentibus decreverit, *L. nulli*, *et L. seq. supr. quod cuiusque univers. nom.* non enim, ut dixi,
2 omnes adesse iubentur. Quod † si tres pluresve iudices dati erunt: hic nonnihil dissimile est. Illud quidem convenit, quod omnes iudicare oportet, et ideo si duo ex tribus, idest, maior pars, vel uno tantum absente sententiam dixerint: placet nihil agi hac ratione, quia omnes iudicare iussi sunt, *L. duo ex tribus*, *infr.* sed frustra, dixerit aliquis, tertii absentis sententiam requirimus, quia etiam si præsens dissentiret, nihil noceret: staretur enim plurium sententiæ. *L. Pomponius*, *in fin.* Qui potest invito aliquo iudicare, multo magis poterit absente et ignorante. Recte hoc diceretur, si ideo absentis præsentiam requireremus, ut ferret sententiam. Sive enim idem diceret, confirmaret cæterorum sententiam, sive aliud, nihil noceret, ut dictum est. Sed ideo eam requirimus, quia potuit vel ipsius præsentia, vel oratio trahere cæteros in eius sententiam, quam ob caussam omnes adesse volumus, eaque ratio nominatim reddita est ab Ulpiano in *L. item si unus*, §. *ult. supr. de recept.* Hinc consequens esse videbatur, ut quamvis omnes iudices tres præsentes sint: tamen duo frustra iudicent tertio præsente quidem, sed quiescente. Sed placuit † Pomponii sententia, quæ refertur *L.* 3
Pomponius: Duos ex tribus recte sententiam proferre, uno quiescente, dum duo illi consentiant: non quod is, qui sententiam ferre non vult, non possit cogi sententiam ferre, si non nunc, at certe postea ampliata caussa: quamvis iuret sibi de re non liquere, ut scripsi in Commentariis de re iudiciaria, cum de necessitate iudicandi disserui ex *L. quia*, *L. quia de re*, *supr. de iudic.* Sed quia in hac specie, quæ nunc proponitur, nihil necesse est eum qui iurat de re sibi non liquere, cogi sententiam dicere: id enim valet ea ratio,

tio, quæ redditur in *L.* Pomponius, *quia etsi dissentiret*, inquit, *plurium sententia obtineret.* Significat enim non esse requirendam sententiam eam, quæ si feratur, nullam vim habet, cum ut ante dixi, si eadem sit cum aliis, priores magis obtineant: sin alia, prioribus nihil noceat. Idem de conditione inutili scriptum est in *L. si quis ita scripserit*, *supr. de hered. instit.* Cum hoc demonstrare vellet, Iurisconsultus eius conditionis eventum non esse expectandum. At enim supra dictum est, omnes iudicare debere; quia et iussi sint ex *L. duo.* Neque nunc id mutamus. Sciendum est enim cum omnes adsunt, universos intelligi iudicare; si modo duo consentiunt, L. *tunc autem*, *seq.* At quomodo iudicat, qui quiescit? Hoc ipso videtur confirmare sententiam, quod non contradicit. Quod si omnes iudices sententiam dixerint, iam hic nihil ad rem pertinet, si dissentiant, valent eorum sententiæ nihilominus. Cuius rei ratio hæc redditur in L. *duo*, *ex tribus*, quod iussi sunt omnes, non idem iudicare, sed iudicare simpliciter. Non autem minus verum est omnes iudicasse, quamvis dissentiant. Hoc enim est, quod cum in eo loco Celsus dixisset, cum omnes iudicant, quamvis nunc dissentiat, stari duorum sententiæ. Huius rei ra-
4 tionem reddens, subiicit † hæc verba: *Quid enim minus verum est omnes iudicasse*? Et ideo hæc ita interpungenda, et afferenda sunt. Quid enim? minus verum est omnes iudicasse? Supple, quia unus dissentiat: quasi diceret, non sane minus verum est. Unde colligitur, omnes officio recte functos, eoque plurium sententiam obtinere. Quoniam prius dixerat, omnes iussos esse iudicare, sed nihil amplius, quam iudicare. Hoc eo moneo, quia ea verba vulgo leguntur uno tenore, quid enim minus verum est omnes iudicasse? quasi Celsus diceret, nihil minus verum esse, quam omnes iudicasse, et hoc [1] ad initium responsi referunt, in quo dictum erat, duos ex tribus uno absente iudicare non posse. Sed neque hoc series orationis patitur: neque facile illis concesserim, hanc orationem esse latinam: quid enim minus verum est omnes iudicasse, pro: quid enim minus est omnes iudicasse? Hoc constituto, omnibus iudicibus iudicantibus quamvis dissentientibus, valere quod agitur, sequitur, ut quærendum sit, si diversas sententias ferant, quorum sententia obtineat? Nam ut omnibus stetur, cum sint contrariæ, natura fieri non
potest. Et de ea re † ita placuit, si in dispa- 5
ri numero iudicum diversæ sententiæ sunt, [2] plurium sententiam obtinere. Pomponius L. *duo ex tribus.* L. *item si unus*, §. *pen. supr. de recept.* Cuius rei ratio supra exposita est. In quo illud notandum est, in pluribus iudicibus datis sequi nos non personarum dignitatem et auctoritatem ad vim sententiæ, sed numerum duntaxat. Et merito id quidem: ne cui iniquum videatur, aut absurdum numerari, non expendi sententias. Auctoritatem enim sententiæ ex potestate iudicis in sententia ferenda metiri oportet, potestatem autem iudicis, non ex auctoritate et dignitate, aut prudentia personæ, sed ex voluntate eius, qui eos dedit. Qui autem dedit, parem eis attribuit potestatem, pariterque omnium fidem appellavit, post quod omnes uno modo eius litis iudices esse voluit. Et sane rem ita geri, multo est melius et commodius. Nunquam enim conveniet, si semel hoc certamen inter iudices introduxerimus, ut quæratur, quis alio melior, aut præstantior sit: quis alio melius et æquius iudicaverit: ubi omnes parem sibi fidem: cognitionem caussæ, æquitatem arrogabunt: et quo quisque est imprudentior, et indoctior, eo plura audacius sibi arroget, et alii detrahat. Nisi forte expectamus, ut de ea re iudicet, qui eos dedit. Sed satius erat multo, præsidem aut principem ipsum, qui iudices dedit, cognoscere: neque si a præside id cognosci possit, id ei concedi expedit. Alioqui multa bene iudicata a pluribus per hanc speciem a præsidibus subvertentur, et ut scriptum est in L. *eum quem*, *in fin. infr. de iudic.* aperte hæc res materiam gratiæ vel ambitioni præsidibus tribuit, eoque, periculi plena, proinde nec in Rempub. admittenda.
Quod si in † pari numero iudicum dissonæ 6
[3] sententiæ proferantur, ea dicuntur in L. *inter*, ex quibus colligitur eam obtinere sententen–

1) Duar. *ad d. L.* 39. Quid si unus iudicum datorum decesserit, Vid. Duar. *ibid. et* Forner. 1. *select.* 7.

2) Ita Duar. *ad d. L.* 36. Anton. Fab. *C. suo Lib.* 1. *tit.* 7. *Defin.* 2. *n.* 3. Cuiac. 12. *Obs.* 16. Necesse est, ait minoris numeri voces, etiam si sint forsitan honore vel æquitate maiores, cedere numero maioribus, parvaque ut Prudentius *Lib.* 1. *contr. Symmach.* silescere parte. Vid. et Afflict. *Decis.* 1. *et ibi additionatores.* Hinc et in collegiis ac corporibus obtinet, ut suffragiorum numerus vincat ac quod maior pars effecit, pro eo habeatur ac si omnes egerint *L.* 19. *ad Munic.* Symmac. 4. *Epist.* 27. Facit, ait, Lex Curiæ nostræ, ut maioris apud me numeri antistet auctoritas: Confer. Bodin. 3. *de Repub.* 4. *n.* 292. Marc. Velser. *Lib.* 5. *Rerum Augustan. pag.* 97. Simanca 7. *de Repub.* 12. *ac seq.* Fr. Iuret. *not. ad Symmach.* 2. *epist.* 36. scite Langlæ. 7. *Semestr.* 10. *pag.* 393. *et Cap.* 12. In Gallia ex Lege Ludor. XII. laudata a Bodino *d. loc.* si plures dissonæ sententiæ pauciores iudicia sua mutare et plurium placitis accedere tenentur.

3) De hac materia alio tempore exactius. Consule præter antea citatos Cuiac. 10. *Obs.* 20. *et* 12. *Obs.* 16. *ac* 17. *Pauli ad edict. in d. L.* 38. P. Fab. *ad L.* 125. *de R. I.* An-

tentiam, quæ est humanior. Ex hac regula hæc [4] distinctio est, ut si caussa de qua agitur sit favorabilis, ea sententia servanda sit, quæ facit pro ea caussa, ut si agatur de libertate; si caussa nullum mereatur favorem, tum id [5] obtineat, quod pro reo constitutum est. Semper enim in pari caussa humanius est favere liberationi, unde favorabiliores rei, quam actores. L. *Arrianus*, *infr. de oblig. et act.* L. *favorabiliores*, *infr. de reg. iur.* De libertate solum, in *d.* L. *inter*, mentio est. Sed ita ut id de ea dicitur, ad omnes caussas favorabiles similiter pertineat. Et ideo si pars iudicantium pro testamento pronunciaverit; pars contra testamentum; placet id esse servandum, quod pro testamento est, quia hoc humanius, L. *vel negare supr. test. quem ap.* L. 1. *Cod. de sacr. Eccl.* Ergo et in dote idem recte dixeris. Arg. L. *in ambiguis in pr. infr. de reg. iur.* Sed hæc distinctio in cæteris caussis omnibus illis est recepta. Cum † de pecunia numerata agitur, in 7
hac, cum pars iudicat decem deberi, pars quindecim, pars viginti minimam summam visum est sequendam esse, vel si agatur de dote, maxime favorabili, dict. L. *inter*, *in fin.* Ratio addita est in L. *diem proferre*, §. *si plures*, *supr. de recept.* Quod omnes minimam summam saltem conferunt, quoniam qui dixit viginti, ipse etiam dixit decem in minori, L. 1. *de verb. oblig.* De hoc iure est insingne exemplum, et de re luculenta disputatio apud Plinium *Lib.* 8. *ex epistola ad Aristonem*, cuius initium est: *Cum scis.*

ton. Fab. *Cod. suo Lib.* 1. *tit.* 7. *de Senatorib. Defin.* 2. *et* 3. Alb. Gentil. 2. *Lect.* 4. Gomez. *in L. Tauri* 38. Vant. *de Nullit. ex defect. Iurisd. n.* 175. *usque ad fin.* Maynard. *Lib.* 4. *Decis. Tolos.* 80. Alex. Raudens. *Decis. Pisana* 12. Vinc. de Franch. *Decis.* 252. Tessar. *Decis.* 1. Quid si Prudentes Iuris, (ut in collegiis iuridicis) consulti dissentiant? Vid. Pax Scala *Lib.* 3. *de Consil. Sapientis C.* 26. Quid si periti in arte pari vel impari numero discrepent. Vid. Pacian. 1. *de Probat.* 47. *n.* 158. *et seq.* Confer. Matthæ. de Afflict. *Decis.* 1. *Cacheran. in Præm. Decis. n.* 11. ubi quo ordine vota a Senatoribus colligenda. Expedire autem censent a iunioribus initium sumi, contra quam Alex, 4. *genial. dier.* 11. pro quo faciunt *L.* 5. §. 1. *de albo scrib.* et ea quæ Tiraq. *de Iure primigen. præfat. n.* 112. *et* 2. *seqq.* Sed vid. omnino Langlæ. 7. *Semestr.* 7. ubi scite ostendit ordinem illum quo postremi dicunt novissime recepti, ne liberæ, ut decet, sententiæ ferantur, efficere: cum quasi pudori sit iuniores senioribus contradicere, aut iisdem prudentiores videri velle. Per satiram autem exquiri sententiæ dicebantur, cum nullo ordine, confuse et pertubate, Sallust. *Iugurtha C.* 29 *ubi* Cyprian. Pompa. *in Comm. et* Io. Rivius *Lib.* 2. *castigat. in Sallust.* Isaac Casaubon. *Lib.* 2. *de Rom. Satira C.* 4. *pag.* 321. Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 28. Quomodo Augustus in rogandis sententiis ordine solito insuper habito pro libitu easdem exquisivit, ut perinde quisque animum intenderet, ac si censendum magis, quam assentiendum esset, Sueton. *August. Cap.* 35. *et* Langlæ *d. loc.*

4) Vid. Cuiac. 10. *Obs.* 20. *et* 12. *Obs.* 16. ubi vult hoc in testamento ex reorum miseratione communi esse, cum quæ pars pro testamento, ea pro reo sit. Idem in pia caussa *Tiraq. priv. piæ caussæ* 147. Idem quoque in caussa fisci statuit Duar. *ad d. L.* 38.

5) Quod et in Amphyctionum totius Græciæ consessu et Areopago Atheniensium observatum. Vid. Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisd. Iudæ. Græc. etc.* 6. *n.* 33. *et Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 20. *p.* 448.

Ad L. Commodis. 40

Papinianus Libro x. Respon.

Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam iure pignoris in caussam iudicati capi.

SUMMARIA.

1. *De Athletis, eorumque muneri attributis honoribus et præmiis.*
2. *Spem illorum præmiorum pignori non potuisse obligari, et quare.*
3. *Ea tamen præmia quæ parta victoria essent quæsita victori, iure oppignerari, ideoque capi in caussam iudicati.*
4. *Et quæ diversi iuris ratio.*

1 Athletæ † fuerunt, qui in certaminibus sacris decertarent, L. *athletas*, *infr. de iis, qui notantur infam.* Horum ars atque opera non modo ab omni infamia remota: ut quibus virtutis ergo certamen susciperetur, de quo constat ex dicta *L. athletas.* Sed etiam in primis laudabilis, et Reipub. utilis veteribus habita est, ut quæ corpora optime exerceret, doceretque motus ad pugnandum cum hoste aptos, et in quo, qui vicissent, reliquorum omnium qui spectarent, ad simile aliquid audendum in hostem virtutem commoverent: Quod tum magis accidere necesse fuit, si eam caussam in honore et pretio esse, homines intelligerent: quod ex præmiis et arti propositis existimare li-

licuit. Ob hanc caussam iis, quin et aliis vi-
cissim magni honores conitituti sunt. Nam et
corona sacra donabantur, et propter coro-
nam, idest, victoriam, cuius indicium erat
corona, constituta his erant præmia, idest,
salaria, quæ de publico penderentur. De co-
ronis sacris, itemque præmiis, quæ propter
has præstabantur, mentio est hoc loco, et L.
spem, *C. quæ res pig. obl. pos. et* apud Sue-
ton. *in Nerone*, *C.* 23. *et* 24. Res eo proces-
sit, ut qui ter vicissent, hi iubeantur con-
stitutionibus immunes esse ab omnibus mu-
neribus publicis, *L. unica*, *C. de athlet. lib.*
2 10. Sed præcipuum in his † studium bene
certandi ad Reipubl. utilitatem pertinere ea
re a veteribus declaratum est, quod placuit
spem eorum præmiorum de quibus dixi, pi-
gnori obligari non posse *d. L. spem.* Intelli-
gebant enim si id facere liceret, animum et
alacritatem ad bene certandum remitti opor-
tere, adempta spe præmiorum, quæ vincenti
proposita erant. Hæc autem obligata futura
sunt in creditoris, non victoris potestate. Ea
3 res attulit hanc dubitationem, an † ea [1] com-
moda, quæ iam parta victoria quæsita essent
victori, pignori obligari possent: aut quod
eiusdem rationis est, horum nomen in caus-
sam iudicati capi, si athleta esset condemna-
tus, ut cætera nomina condemnati in eam
caussam capere licet, de quo dictum est in
L. a Divo, §. *sic quoque.* Et placuit † hoc 4
loco posse, non iniuria. Non enim est eadem
præmiorum iam partorum, quæ futurorum ad
Reipubl. utilitatem conditio. Præmiis enim præ-
teritæ victoriæ amissis, aut quiescentibus; non
ideo animus ad novam victoriam adipiscen-
dam relaxatur: quoniam novæ victoriæ sua
sint præmia constituta: quibus studium au-
geri etiam oportet ei, cui præterita adempta
sunt. At spe futurorum amissa, non multum
de victoria erit solicitus is, qui sciat se par-
ta victoria nihil esse habiturum, quod credi-
tores non auferant. Hoc autem contra men-
tem præmia constituentium, et adeo contra
Reipublicæ utilitatem. Idem de omnibus præ-
miis, quæ in publicis et honestis certamini-
bus et ad ornamentum civitatis pertinentibus
futuræ aut præteritæ victoriæ proposita sunt,
recte dixeris.

Ad L.

1) Stipendia vero militum in caussam iudicati capi nequeunt, quoties in aliis exsecutio fieri potest, *L. stipendia* 4. *Cod. de exsec. rei iud.* quia milites favorabiliores athletis, Duar. *ad d. L.* 40. Item reditus Sacerdotii vel beneficii ecclesiastici, argum. *Cap. pervenit.* 2. *de fidei* Duar. *ibid.* Parlad. *supr. d.* §. 3. *n.* 19. (ubi excipit *n.* 20. nisi ultro hæ res ad exsecutionem in cautione debiti adsignatæ) Vid. Col. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 137. *et seqq.* Cum primis vero capi ita omnino nequeunt ab exsecutoribus servi aratores, boves item aratorii et instrumenta rei rusticæ. Qua de re scite Choppin. *de Privileg. Rustic. Lib.* 1. *Parte* 1. *Cap.* 7. Menoch. *Arb. Casu* 378. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de exsecut. Resol.* 2. Horat. Carp. *Statut. Mediolan. Cap.* 251. Marc. de Mantua. *Sing.* 497. Parlad. *d.* §. 3. *n.* 16. *et seq.* Asin. *Praxi* §. 3. *Lim.* 33. (qui *Limit.* 37. idem statuit in iumentis ad molendinum destinatis.) Unde eadem nec iure arrestari posse; licet usu sæpe, ast perverso contra servetur, scribit Petr. Peck. *de Iure sistendi. Cap.* 5. *n.* 16. Ne quidem in subsidium, aliis bonis deficientibus, ut Menoch. et Trentacinq. *dd. loc.* Adeo ut et *hic de Res.* 2. *n.* 4. nec conventionem expressam debitoris rustici contra valere doceat, cum hoc ius publicæ utilitatis caussa inductum sit, ne agricolatio turbetur. *Coppin.* vero *d. C.* 7. *in fin.* distinguit. Si rusticus una dominus fundi, instrumenta hæc venire non posse, ceu pignora, nisi cum fundo; Sin proprietas alterius, posse, ne eludatur creditor. Sed et alii artifici artis suæ instrumenta non auferri debere docent Maranta *Speculi P.* 6. *Act. ult. h. tit. n.* 29. Parlad. *d. loc. n.* 19. Maxime vero libri Studiosorum, Doctorum, Advocatorum, Sacerdotum (arma eorundem. Vid. Gœd. *ad L.* 41. *de V. S. n.* 6.) exsecutioni non subiacent, Vid. Rebuff. *Priv. schol.* 83 *et* 113. Hor. Luc. *Privil. schol.* 32. Coler. *P.* 2. *Cap.* 3. *n.* 126. et seqq. Parlad. *d.* § 3. *n.* 22. Asin. *Praxi* §. 31. *Limit.* 36. Iac. Schult. *Q. pract.* 47. *n.* 32. *et seqq.* Qui tamen aliis bonis nullis suppetentibus immunes hodie non sunt, Coler. *d. loc. n.* 138. Schult. *d. loc.* Sig. Scacc. 1. *de Iud.* 96. *n.* 43. etsi contra statuat *Rebuff. dd. loc.*

Ad L. Nesennius 41.

Paulus lib. XIV. Quæstionum.

Nesennius Apollinaris, Si te donaturum mihi, delegavero creditori meo: an in solidum conveniendus sis? Et si es insolidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? Et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? Respondi: Nulla creditor exceptione submoveretur: licet is, qui ei delegatus est, poterit exceptione uti adversus eum, cuius nomine promisit. Cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat. Et sicut heres donatoris insolidum condemnatur, et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit: ita et ei, cui non donavit, insolidum condemnatur.

SUMMARIA.

1. *Beneficio ne supra quam potest, conveniatur, solus utitur donator adversus donatarium, non adversus alium cui etiam donatarii nomine promisit. Exempla.*
2. *Imo nec interesse, utrum huic alteri donatarius teneatur ex caussa onerosa an lucrativa, et hoc illustratur exemplo.*
3. *Illud vero interesse quibus verbis donator alteri promittat, ut et adversus alium beneficio utatur, aut secus.*
4. *Extraneum qui marito dotem promisit pro muliere cui donare volebat, posse in solidum marito conveniri.*
5. *Exponitur* L. si extraneus, 33. in princ. D. de iur. dot. *ubi et Ulpianus cum Paulo conciliatur.*

HOc responso interpretatur Paulus rescriptum Divi Pii, quod fuit de his, qui ex donatione sua conveniuntur. Fuit autem in hæc verba: *Qui ex donatione sua conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandi sunt, L.* si extraneus, *supr. de iure dot. L. qui ex donatione, supr. de donation.*
1 Ex hoc rescripto † Paulus in summa docet, et adversus quos donator hoc beneficio uti possit, et in qua actione, et quandiu: Primo responso hoc dicit, ut hoc beneficio, ne supra quam facere potest, ex donationis caussa conveniatur. Solus donator uti potest, non alius: quamvis in locum donatoris successerit, *L. etsi, et L. sequent. infr.* Sic utitur adversus donatarium duntaxat, non adversus alium quemquam, quamvis ei nomine donatarii idem promiserit, ad quod significandum his exemplis utitur. Quidam tibi donaturus decem, ea tuo nomine creditori tuo promisit; ab eo creditore in solidum convenietur. Nec intererit, utrum is, cui donator promisit, solidum a donatario exigere potuerit, an non potuerit. Ut puta quidam uxori donaturus, marito nomine uxoris idem promisit, a marito in solidum convenietur: quamvis maritus si cum uxore eo nomine ageret, solum in id quod illa facere potest, condemnaret.
2 Plus dicit † Paulus, nihil interesse, utrum ei, cui donator promisit nomine donatarii, donatarius ipse obligatus fuerit ex caussa onerosa, an ex lucrativa ita, ut quamvis is creditor nihil omnino consequeretur: tamen nihil amitteret. Finge eum, qui tibi donaturus erat, promisisse tuo nomine ei, cui tu idem donatum volebas. Donator ab hoc creditore in solidum condemnabitur, quod quanquam significat tantum Paulus hoc loco, non exprimit: tamen res ita habet, deque ea specie diserte scriptum est in *L. qui id quod, §. ult. supr. de donat.* Hæc omnia efficiuntur verbis illis constitutionis, *qui ex donatione sua conveniuntur.* Tunc solum convenitur donator ex donatione sua, cum convenitur a donatario, idest, eo, cui donatum voluit: alii autem cum nomine donatarii promittit, nihil donationis caussa promittit, sed solutionis. Ideo enim huic promittit, ut in hunc transferat, idest, ut solvat id, quod alii ex donatione debebat.

Videndum est tamen in hac specie, † quibus verbis aliis promittendo donator utatur. 3
Nam si certam summam, aut speciem donator promittit, locum habet id, quod supra diximus. Quod si promiserit his verbis: Spondeo me tibi daturum, quod illi ex donationis caussa debeo: nihil amplius spondere secundo creditori intelligitur, quam id, quod fa-

facere potest: quoniam revera et effectu hoc solum ex donationis caussa debuit, *L. si prior. sup. solut. matrim.* siquidem id solum vere debetur, quod ab invito exigi potest, *L. debitor, inf. de verb. sig.*

4 *Cui similis est maritus*,) De hac † spe-
cie inter cæteras tres, quæ hoc loco propo-
nuntur, laboratur, si extraneus aliquis dona-
turus mulieri, nomine eius marito eius pro-
miserit: Paulus scripsit hoc loco, maritum
solidum a promissore exigere posse. Contra,
5 ut videtur, Ulpianus † in *L. si extraneus*,
supr. de iure dot. scribit, maritum, si hunc exstraneum promissorem convenerit, eum in id, quod facere potest, condemnaturum. Loquens enim de extraneo, qui dotem promisit, quo defecto facultatibus prius dixerat, imputari marito, cur eum non convenerit, subiicit hæc verba: *Si tamen donavit, utcunque parcendum marito, qui non præcipitaverit eum ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverit.* Sed perspicuum [1] est, Ulpianum his verbis loqui de extraneo, qui donationis caussa promisit marito, quod uxori eius debebat. Indicant hoc aperte verba sequentia: *Hoc enim*, inquit, *Divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos.* Sic extraneum a marito ex liberalitate conveniri aperte dicit, quod fieri non potest, nisi marito donatum voluit, *L. qui id, quod, §. ult. de donat.*

Quod ait, *si tamen donavit*: sic intelligere debemus, si donavit mulieri, non marito. Nam dotem promittere marito nomine uxoris videlicet, ut simul marito donet, fieri non potest. Nam si marito donaret, maneret apud eum, quod dedisset. Nunc autem eo dos promittitur, ut ea ad uxorem redeat, vel eius heredes. Itaque haud dubie eadem species apud Ulpianum proponitur, quæ hoc loco apud Paulum. Id quanquam ita esse fateor: tamen in ratione, quæ ab Ulpiano continenter redditur in supra scriptis verbis, speciem mutari aio, et reddi rationem de eo marito, cui extraneus, non iam alterius nomine mariti donationis caussa promisisset, et ea verba, *quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaret*, sic accipio; quemque donantem sibi, supple, si convenisset, in id, quod facere posset, condemnaret, quod ratio subiecta plane indicat. *Hoc enim*, inquit, *Divus Pius rescripsit, eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt condemnandos.* Quærat igitur aliquis, quid hæc ratio, ad id, quod erat propositum, pertineat? Innuit Ulpianus: Si maritus eum qui sibi donasset, conveniens in id solum, quod facere posset, condemnaret: non debere queri mulierem, si eum, qui mulieri donatum voluit, maritus, ipsius mulieris nomine, hactenus solum convenit, ut præstaret, quod commode posset facere. Neque enim debet exigi a marito, ut plus præstet in exigenda dote, quam ipsa mulier, si dotem exigeret. Solidum ipsa non exigeret: quare ne hoc quidem a marito invito postulari debet, ut solidum exigat. Hoc enim est, quod Ulpianus paulo post ait: *Nequaquam enim iudex propitiis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad solutionem.* Cur autem non audiet? quia nec ipsa mulier patrem urgere posset aut deberet, quod ipsa non præstaret, id in sua caussa ab illo ne exigat.

Ad §.

1) Convenit Cuiac. 12. *Observ.* 17. *et ad L.* 28. *de R. I.* quod agi sane possit a marito in solidum, cum ipsi ex stipulatione non ex caussa lucrativa dos debeatur, ab uxore autem in id quod facere potest. Nec tamen mulier debet imputare viro, quod non urserit ad solutionem eum, quem si ipsa convenisset, non ultra id, quam quod facere posset, exigeret. Et ita Pac. 5. *Enant.* Q. 64. *et* 7. Q. 17. Aliter Perrenon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 1. Quod nimirum in *d. L.* 33. maritus nullum sibi negocium gesserit, nec dotem sibi stipulatus sit. At in *d. L.* 41. per stipulationem donatio in creditum translata sit et obligationem maritus suum gerendo negocium novaverit. Aliter Anton. Fab. 2. *Coni.* 13. accipiens *d. L.* 33. de eo, qui non uxori solum, sed et marito donare voluit, cum loquatur de promittente non ex necessitte sed voluntate, scilicet erga eum ipsum cui promisit.

Ad §. Fundum.

Fundum quis donavit, si non restituat: ut quivis possessor damnandus est. Si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpserit, in solidum condemnandus est, potuit enim non periclitari si statim restituisset. Si dolo malo desiit possidere, in litem iurabitur: et tanti sequetur condemnatio.

SUMMARIA.

1. *Donatorem frui beneficio adversus donatarium, si sola donationis caussa conveniatur.*
2. *Secus si idem actione in rem conveniatur a donatario et quare.* et n. 4.
3. *Donatorem isto nomine conventum teneri in solidum de re et fructibus præter illos quos bona fide consumpsit.*
5. *Quare non idem quod in donatore, ius obtineat in marito.*

1 QUemadmodum donator † adversus do-
natarium solum utitur hoc beneficio,
ne supra quam facere potest, conveniatur: sic
utitur solum si ab eo conveniatur actione in
personam ex promissione sua. Quod [2] si con-
2 veniretur † ut possessor, idest, actione in
rem, ut quivis possessor damnabitur. Finge
donatorem fundum donasse, idest, tradidis-
se, et tradendo fecisse accipientis: id enim
donare est, *L.* 1. *supr. de donation. L. senatus*, §. *donatio*, *supr. de donation. mort. causs.* veruntamen eum fundum aut mansis-
se penes donatorem, aut donatorem eius fun-
3 di possessionem postea recepisse. Potest † fun-
dus ab eo ut possessore vindicari; quod si
fit, is, ut dixi, tanquam quivis possessor
damnabitur: proinde in solidum, sive rem
habet, nec restituit, sive dolo malo desiit
possidere. Nam hæc condemnatio est cæterorum possessorum, *L. qui restituere*, *infr. de rei iudic.* Eademque de fructibus dolo malo non restitutis ratio est. Consumptos Paulus excipit: non quod donator, idemque possessor fundi alieni de fructibus consumptis non teneatur ullo modo in solidum: sed quod non teneatur semper, sed ut erit bonæ aut malæ fidei possessor. Fieri namque potest, ut donator eundem fundum sciens adhuc esse donatarii, possideat, idest, mala fide. Fieri etiam potest, ut cum postea ab alio redemerit, quem dominum putavit; ita possideat bona fide. Illic fructus etiam consumptos restituere debet: hic non debet, §. 2. *Institut. de offic. iudic. L. certum*, *C. de rei vind.* Sed cur ita † placet in 4
actione in rem, donatorem in solidum conveniri potius, quam in actione in personam? Verba rescripti id faciunt, quæ volunt hactenus conveniri, quatenus ferre potest, non donatorem, sed eum qui ex donatione convenitur. Nunc autem qui convenitur actione in rem, non quia donavit, convenitur, sed quia possidet: quia etsi non donasset, isto modo conveniretur; idque est, quod dicitur, possessionem in rem parere actionem adversario, *L. unica*, *Cod. de ali. iud. mutand.*
causs. fac. Quæritur an † exemplo donatoris 5
idem dicendum sit de marito, qui de fundo dotali actione in rem conveniatur? [3] Nequaquam vero idem dicendum est. Nam hoc beneficium marito hoc ipso quod maritus est, tribuitur. Maritus autem ubique maritus est, quacunque tandem actione conveniatur. Solum hoc spectandum est, utrum culpa sua fecerit, quo minus rem restituerit, an dolo. Si culpa, hoc beneficium retineri: si dolo, contra. Nam supra dixi, nulli in delictis succurri, *ad L. sunt qui*, *supra.*

Ad §.

2) Ita *d.* §. *L.* 41. exaudiunt Duar. *ibid.* Coras. *ad* §. 38. *Instit. de action. n.* 2. *et* Cuiac. 8. *diff. Modestini ad L.* 22. *de donat.* Neque enim rei vindicatione, ut donator convenitur, neque donationis mentio sit in petitione, Duar. *d. loc.* Quomodo et Padilla *in L. præses.* 6. *C. de servit. n.* 5. donatorem non iuvari hoc beneficio, si traditione donatio perfecta, ut nec si donator ab initio constituerit se possessurum nomine donatarii, Tiraq. *de Iure constit. possessorii Parte* 1. *n.* 30.

3) Et recte. Quod confirmat Harpr. *ad* §. 37. *I. de act. n.* 5. *et seqq. per L.* 53. *D. Sol. matr.* quæ hoc satis clare probat. Etsi DD. vulgo dissentiant Zas. *ad L.* 12. et 7. *seqq. Sol. matre. n.* 10. Unde Tiraq. *d. Parte* 1. *n.* 29. maritum qui dotem accipiendo in casum, quo illa restituenda est, se nomine uxoris possessurum constituit, hoc beneficio non frui docet. Plane si uxor aliusve creditor talis ipse eadem paupertate, qua reus, prematur, exceptio hæc non proderit, cum maior tunc ratio sit suum repetentis, magisque debitorem quam creditorem egere conveniat, Zas. *d. loc. n.* 20. Padilla *ad d. L.* 6. *Cod. de servit. n.* 8. Harpr. *ad d.* §. 37. *n.* 8. *et* 9. Coler. *Part.* 2. *Cap.* 3. *n.* 120. Hart. Hartm. *Tit.* 18. *Observ.* 2. *n.* 22. Matt. Brun. *de Cess. bonor. Q.* 13. *quæstionis* 4. *principalis.*

Ad §. In solidum. *ult.*

In solidum condemnatus donator actione iudicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis.

S U M M A R I A.

1. *Donator etsi condemnatus in solidum, actione iudicati convenitur in quantum facere potest.*
2. *Contraria dissolvuntur.*
3. *Si tamen donator; actione iudicati exceptionem facultatum non opposuerit, ut plures sentiunt.*
4. *Secus si opposuerit et ab iudice fuerit iniuria condemnatus in solidum.*
5. *Horum sententia ab auctore refellitur.*
6. §. Si quocunque, L. 8. D. de neg. gest. *exponitur.*

HIC docet, quandiu donatori beneficio
superioris rescripti uti liceat, quod ad
cæteros omnes, quibus idem beneficium præ-
statur, transferendum est. Ait rescriptum, eos
qui ex donatione sua conveniuntur in id quod
facere possunt, condemnandos: de conde-
1 mnandis rescriptum loquitur. Fingamus † do-
natorem nihilominus in solidum esse conde-
mnatum. Ait Paulus, *si cœperit conveniri in
solidum actione iudicati, tamen non teneri,
beneficio constitutionis.* Atqui superius rescri-
ptum (nam et rescriptum constitutio est)
iubet tantum, ne donator damnetur, non et-
iam ne in solidum damnatus iudicati actione
conveniatur. Et dicendum est, rescriptum et-
iam ad condemnatos pertinere, non verbis
sed sententia. Hæc enim ratio est constitutio-
nis, ne donator ex liberalitate sua periclite-
2 tur, *L. re ex liberalitate, infr.* Nec † ad-
versantur huic sententiæ regulæ iuris, quæ
sunt de auctoritate rerum iudicatarum: rebus
scilicet iudicatis standum esse: [4] item post
rem iudicatam nullam exceptionem, ne pe-
remptoriam quidem opponi posse *L. 2. C.
sent. rescin. non posse.* Nam donator, et quis-
que est, qui postulat, ne conveniatur ultra
quam facere potest, contra sententiam nihil
facit; sed confirmat potius: hac enim exce-
ptione fatetur se solidum debere iure civili,
et recte in solidum condemnatum; sed facul-
tate utitur, quam ei lex tribuit, ne præstet
supra quam potest. Hanc facultatem conde-
mnatio non adimit, argum. *L. miles*, §. 1.
supr. et quod dicitur peremptorias exceptio-
nes post rem iudicatam opponi non posse: de
iis exceptionibus dictum est, ut convenit in-
ter omnes, quæ impugnant sententiam. Nam
quæ exceptio sententiam non infirmat, quo
minus ea quandoque utamur sententia, quæ
manet nihilominus, non est impedimento, L.
tamen si non, supr. de senten. sen. Mac.
quanquam exceptionem hanc, non perempto-
riam sed dilatoriam esse ostendi *supr. ad L.
inter*, ubi tractavi quid sit conveniri in id,
quod facere possis. Sed hic ad rem, de qua
agitur, nihil refert. Sed hoc † [5] plerique ita 3
accipiendum putant, si donator exceptionem
de facultatibus non opposuerit in iudicio. Quod
si hac † usus erit, et iudex nihilominus hac 4
contempta, reum in solidum condemnarit:
non putant eum amplius eadem exceptione
uti posse, quia sæpius eadem exceptio in iu-
dicium revocari non possit, *L. duobus, infr.
de except. rei iud. L. si autem §. si quo-
cunque, supr. de neg. gest.* L. *quod in diem,
§. ultim. supr. de comp.* Quibus † reclamat 5
L. ex adverso, §. ult. supr. solut. matrim.
Quod enim illic scriptum est, marito in so-
lidum condemnato hanc eandem exceptionem
dari: quamvis iudex ignorantia iuris lapsus,
eum in solidum condemnarit: aut vehemen-
ter fallor, aut nisi de marito, qui opposita
facultatum exceptione nihilominus a iudice in
solidum sit condemnatus, accipi non potest.
Nam si maritus in iudicio dotis omnem hanc
exceptionem omisit, nihil facit iniuria iudex,
si eum in solidum, quod petitur, condemnat.
Faceret iniuriam potius actori, si aliter pro-
nun-

4) Vid. supr. *Lib. Civil. Comment.* 22. *Cap.* 8. *n.* 10. *ibique. N.* 29. Fab. *ad L.* 28. *de R. I. pag.* 165. *et seq.* Hartm. *d. Observ.* 2. *n.* 2. et 3. A. Fab. *C. suo de Exsec. rei iud. Defin.* 42.

5) Quam communem opinionem vocat Zas. *ad d. L.* 12. *et* 2. *seqq. D. Sol. matr. n.* 20. Sed a qua ipseque recedit, et recte. Confer, Charond. 1. *Verisim.* 18.

nunciaret, non enim potuit divinare iudex, an vellet maritus in solidum conveniri, quamvis solidum facere non posset: nec vero debuit quicquam tribuere non postulanti, præsertim ubi contra ius civile id fieret, *L.* 4. §. *hoc autem*, *supr. de damn. infect.* Non me movet, quod eadem exceptio in iudicium revocari non potest. Nam cum donator condemnatus hac defensione se tuetur adversus actionem iudicati, quod dicat se facere non posse; non hic eadem exceptio est, sed nova. Nihil enim prohibet, quo minus eo tempore, quo condemnatus est, solidum facere potuerit; ideoque recte sit in solidum condemnatus, unde post rem iudicatam facere posse desierit: ut sit scilicet nova exceptio, quia nova est caussa excipiendi: uti nova est actio, cum nova est agendi caussa, *L. si rem meam*, *et seq. de except. rei iudic.* Idem hoc
6 modo constabit. Non potest † eadem exceptio in iudicium revocari: verum est, si exceptio in iudicio opposita, post examinationem eius exceptionis, a iudice, quasi non sit vera, probata fuerit, ut declaratur in dict. *L. si autem*, §. *si quocunque*, *et* dicta L *quod in diem*, §. 1. Itaque tenendum in specie proposita, si iudex inquisierit in facultates mariti, et quasi solidum facere possit, sic eum in solidum condemnarit, non posse amplius maritum post rem iudicatam, hac exceptione uti, quod dicat, se facere non posse. De eo enim iam iudicatum est. Diversum est, si cum maritus in iudicio hac exceptione usus esset, iudex nulla habita ratione maritum in solidum condemnaverit. Quod de compensatione opposita, cuius rationem iudex non habuit, diserte scriptum est in L. *quod in diem*, §. 1. *supr. de compens.* Id vero ad hoc genus exceptionis multo magis pertinet, ut quæ beneficio legis tribuatur: quod beneficium condemnatio non adimit, ut supra dixi, nisi exceptio in iudicio examinata fuerit. De hoc autem genere scientiæ sentire Paulum in L. *ex adverso*, §. *ult. sol. matrim.* arguit; quod proponitur iudex iuris ignorantia lapsus maritum in solidum condemnasse. Iuris ignorantia est, quod eius exceptionis rationem habendam non putavit.

Ad L. Paulus respondit, rescindere. 42.

Idem Libro III. Responsorum.

Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam præcedentem prætorem non posse: reliqua autem, quæ ad consequentiam quidem iam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt, circa condemnandum reum, vel absolvendum, debere supplere, scilicet eodem die.

SUMMARIA.

1. *Iudex sententiam a se dictam mutare aut rescindere non potest, et quare* et n. 4.
2. *Etiam si eam perperam dixerit, et præsentem absolverit, aut innocentem damnarit.*
3. *Et quod pro innocente damnato paratum remedium.*
5. *Potest nihilominus prætor mutare sententiam si hæc iure non valuit.*
6. *Aut adversus eum minor petit in integrum restitutionem.*
7. *An quidquam sententiæ suæ possit addere et quando et quomodo.*

NOn continuo res iudicatæ ratæ sunt, si licet iudici sententiam suam rescindere. Inde quæsitum, an liceat. De eo hoc loco ex professo agitur: itaque et exactius de eo dicendum est, adiunctis quibusdam locis sequentibus, qui ad hunc locum pertinent. Sic
1 igitur statuatur, † neminem [1] neque iudicem privatum, neque prætorem aut præsidem sententiam suam revocare, rescindere, mutare posse, ut hic traditur, et *L. divi*, *infr. de pen. L.* 1. §. *ult. infr. de quæst. L.* 1. *Cod. sent. resc. non posse.* Quid si † perperam iudi- 2
carit? Ne sic quidem sententiam corrigere et emendare poterit. *L. iudex*, *d. cum quærebatur*,

1) Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 307. Pollet. 5. *Hist. fori* 16. Seneca 7. *Contr. ult.* Iudex quam tulit de reo tabellam, revocare non potest. Apulei 1. *Floridor.* Procons. tabella sententia est, quæ semel lecta neque augeri littera una neque minui potest. Et Cic. 3. *verrina* criminatur Verrem quod sua decreta subinde mutaret. Vid. et Menoc. 1. *Arb. Q.* 67. Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 1. *n.* 23. *et n.* 52. *et Quæst.* 2. Mathesilan. *ad L.* 4. *C. Quom. et quand. iud.* Bronch. 4. *Enant.* 19. Confer. Langlæ. 5. *Semestr.* 2. *et* 5.

tur, *infr.* et ideo cum præcipue ad vigorem disciplinæ publicæ pertineat in caussis criminalibus sontes pro meritis damnari, innocentes autem absolvi: tamen si iudex deceptus sontem absolverit, innocentem condemnarit, quamvis et illud gravius deliquisse, et hunc aut de se mentitum, aut falsis testibus oppressum esse, postea compererit, non eo magis pœnam augere, aut minuere poterit, aut eum,
3 quem condemnaverat, absolvere. Atqui † innocentem pœna affici, iniquum est. Imo nihil iniquius, idque natura et omnes leges vetant. Sed non ideo iudex is, qui damnavit, sententiam suam mutare poterit. Quid igitur fiet? [2] Princeps adibitur. Is pœnam aut augebit, aut minuet, aut reum in totum absolvet, ut res postulare videbitur. Hæc ex *d. L. Divi*, §. 1. *infr. de pœna*, *L.* 1. *infr. de quæstion. L. acta*, 45. §. *de amplianda*,
4 *infr. eod.* Hoc ne † temere constitutum videatur, ratio ab Ulpiano reddita est, quæ extat in *L. iudex*, *infr.* quod iudex postquam sententiam dixit, iudex esse desierit, officio suo functus. Optime. Iudicem enim oportet esse eum, qui sententiam mutat: sive quod mutando novam fert sententiam: sive quod eius potestatis est, statuere aliquid, et constitutum tollere. Quare si is, qui semel sententiam dixit, amplius non est iudex, confectum est, sententiam semel dictam deinceps eum mutare non posse.

Sed admonendi sumus de ea sententia loqui nos, quæ vera sit sententia: Ea est quæ iure valet. Nam quæ non valet, ne sententia quidem dicenda est. *L.* 4. §. *condemna-*
5 *tum*, *supr. eod.* Si quam † ergo eiusmodi tulit prætor, nihil prohibet, quo minus tanquam re integra de eadem caussa apud eundem prætorem agatur, et is re cognita, si faciendum videbitur, id [3] mutet, *L. in sententiis*, §. *ult. infr.* L. 1. *C. de sentent. L. si præses*, *C. quo. et quand. iud.* nec cum id faciet, periculum est, ne videatur sententiam suam rescindere, cum ea iure nulla fuerit. Nam, ut opinione nostra sit sententia,
6 nihil ad rem pertinet. Eadem ratione recte † defendemus, quod placet, si prætor contra minorem viginti quinque annis iudicarit, nihilominus minorem petere posse in integrum restitutionem ab eodem prætore. *L. in caussa* 2. §. *ult. de min.* Atqui in hac restitutione prætor sententiam suam priorem rescindit, et eam quidem, quæ mero iure valuerit. Ita est, quæ mero iure valuerit: sed non eam, quæ valuerit iure prætorio. Et hoc quidem iure non prius valet, quam constiterit tempora in integrum restitutionis condemnato exiisse. Nemo enim videtur re exclusus, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo. supr. de in integ. rest.* Quanquam dici potest, cum prætor minorem in integrum restituit, non rescindere eum priorem sententiam suam, sed confirmare magis: cum hoc dicit minor, ipsum quidem recte pronuntiavisse, sed ætatem suam et circumscriptionem adversarii admittere in integrum restitutionem. *L. præfecti*, *supr. de minor.*

Non modo prætor sententiam suam mutare non potest: sed † nec eadem manente 7
sententia ei quicquam adiicere, ob eandem caussam, quod iudex esse desierit. Sed excipit Paulus, si quod ad consequentiam iam statutorum pertineat, priori tamen sententiæ desit. Id vult Paulus, prætorem supplere posse, dum eodem die. Ad consequentiam enim, quæ iam statuta sunt, intelliguntur pertinere, quæ sunt eorum accessiones eiusmodi, ut illis positis hæc sequi oporteat, et iudicem de his quoque pronunciare. Ut si iudex in actione in rem iussit fundum restitui: consequens est, ut eodem tempore et de fructibus quoque possessorem debeat condemnare. *L. ex divers.* 1. *supr. de rei vind.* Si quem condemnarit de re principali, ut eum quoque in sumptus litis condemnare debeat. *L. properandum*, §. *sin autem*, *C. de iud.* Hæc recte excepta sunt. Cum enim ista supplet iudex, nihil novi statuit: sed quod vi et potestate prioris sententiæ continebatur, magis exprimit. Itaque revera ne hic quidem a superiore regula receditur: sed quod erat in ea obscuri, id hac actione explicatur, licet tamen supplere solum [4] eodem die, ut id fiat ex continente. Alioqui, quod post intervallum adiicitur, magis est ut pars eiusdem sententiæ esse non possit: ut de stipulatione duorum reorum responsum est in *L. si duobus*, *in pr. infr. de duob. reis.*

2) Princeps quando possit revocare sententiam quæ in rem iudicatam transiit, vid. Gravetta *de Antiquit. temp. Part.* 1. *princ. n.* 53.

3) Quod Mathesilan, *ad L.* 4. *C. Quom. et quand. iud. n.* 6. *et* 7. admittit in ordinario, nisi caussa nullitatis ex turpi facto iudicis, ubi superior adeundus; non in delegato, nisi a principe vel ad universitatem caussarum. Anton. del Re *de Iuram. cal. n.* 60. *et seq.* nec nullam sententiam corrigi aut erroris prætextu mutari. Nam quod actus nulli, ait, pro non factis, obtinet quod præiudicium tertii, non quoad gerentis. Sed loquitur de casu, ubi nullitatis caussa culpæ iudiciis potest. Tametsi Corset. *Sing.* 203. sententiam notorie iniustam posse revocari etiam citra appellationem.

4) Vulgo revocari quoque sententiam in continenti posse statuunt. Tiraq. *de Rer. lignag.* §. 1. *gl.* 5. *n.* 17. Iannin. *Lib.* 2. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 87. *et n.* 104. unde sententiam sub conditione resolutivam valere arguit Fachinæ. 11. *Contr.* 16.

Ad L. Paulus. 43.

Idem Libro XVI. Responsorum.

Paulus respondit, eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex caussa iudicati conveniri. Et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona cæterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse.

SUMMARIA.

1. *Duos pluresve una sententia in eandem summam damnatos teneri pro virilibus portionibus.*
2. *Licet hi damnati fuerint iudicio tutelæ et quare.*
3. *Sed tamen unus tutor pro alio qui solvendo non est, potest veteri tutelæ actione conveniri.*
4. *Nisi de hoc in iudicio actum fuerit, an isti solidum deberent, nec ne* et n. 2.

P*Ro portione virili*) Hoc illud est, summa una aliqua pluribus simul testamento iniuncta, promissave simul a pluribus, enumeratione personarum in singulas personas divisa intelligitur. *L. cui fundus, sup. de cond. et demonst. L. reos, §. 1. sup. de duob.*
1 *reis.* Hoc idem † accipi in sententia, cum duo, pluresve eadem sententia in unam summam sunt condemnati, eiusdem rationis est. Quæ res facit, ut singuli pro virilibus portionibus teneantur, nec unus ex persona alterius possit conveniri: quod de condemnatis hic dicitur, et apertius in *L. si quis separatim,*
2 *§. quoties, infr. de appel.* Quid si † hi, qui ita condemnati sunt, solidum antea debuerint, ut plures tutores cum quibus actum erat iudicio tutelæ? Idem dicendum est *L. 1. et 2. C. si plur. una sent. cond.* Nam cum de iudicati actione quæritur, non quid alibi, sed quid iudicato contineatur, spectare oportet. Sed isti conveniuntur in viriles partes iudicati actione. Quid, † vetere actione tutelæ 3
an unus ex persona alterius, qui solvendo non est, conveniri potest, ut ante? Nihil prohibet, cur non possit. Non enim qui in partem condemnatus est, ideo in reliquam partem iudicio tutelæ est absolutus. Sed hoc † 4
ita accipiendum est, nisi de hoc ipso actum sit, an isti solidum deberent, necne. Nam eandem quæstionem in iudicio revocare non licet inter easdem personas, quamvis alia actione. *L. 3. inf. de exc. rei iud. L. in duobus, §. exceptio, sup. de iureiurando.*

Ad L. Ex contractu. 44.

Scævola Libro V. Responsorum.

Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore authore: et condemnata est: postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis: et ita bona defuncti ad substitutum, vel ad coheredes pervenerunt. Quæritur an hi ex caussa iudicati teneantur? Rescripsit dandam in eos actionem iudicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.

SUMMARIA.

1. *Condemnata pupilla in iudicio, quo tutore auctore conveniebatur, et cæpisse ea iudicati actione teneri.*
2. *Ex his verbis.* Et ita, *versic.* eod. h. L. *pupillum necessarium heredem, cum se abstinet, quasi nunquam fuisset heres, significari.*
3. *An hi ad quos bona defuncti postquam pupilla se abstinuit, pervenere, ex caussa rei adversus pupillam iudicatæ teneantur; Quæstionis caussæ.*
4. *Affirmans sententia quæ IC. Scævolam habet auctorem, exponitur et illustratur.*
5. *Exceptio.*

Et

1 *ET condemnata est*) In quo hoc † notandum est, cœpisse pupillam teneri iudicati actione. Nam etsi cum ipso tutore actum esset, et ille esset condemnatus; tamen iudicati actio in pupillam daretur, non in tutorem. *L. 4. in pr. sup. L. 2. sup. de adm. tutor.* quanto magis, si ipsa suo nomine erit condemnata.

2 *Et ita bona defuncti*) His verbis, † *Et ita*, declarat Scævola, cum pupillus necessarius heres se abstinet, rem eo deduci, quasi heres nunquam fuisse intelligatur. Alioqui eo abstinente bona defuncti ad sequentes heredes non pervenerint: quandiu enim instituto locus est, tandiu neque substitutus admittitur, neque coheredes, neque qui ab intestato vocantur. L. *quandiu institutis, L. in plurium, sup. de acq. her. L. unica*, §. *his ita*, *C. de cad. toll.* Ut autem pro herede non sit, qui abstinet, præstatur necessariis heredibus iure prætorio. *L. pro herede*, §. *penult. sup. de acq. hered.*

Quæritur an hi ex caussa iudicati tenean-
3 *tur?*) Non temere hoc † quæritur. Anceps enim inprimis quæstio est. Ex una parte ratio facit, ut hi teneri debeant iudicati actione. Nam cum pupillus se abstinet, omnia rata sunt, quæ cum eo tutore auctore gesta sunt: si modo gesta sunt bona fide. *L. quoties, inf. de acq. her.* Quapropter cum actum sit cum pupillo tutore auctore, et eo condemnato semel rata sit actio iudicati: etiam post abstentionem ea manebit. Aut igitur ea teneri debet, aut hi saltem, ad quos bona pervenerunt. Ipsum non teneri constat, cum abstinuit. *L. necessariis, sup. de acq. her.* Teneantur igitur hi; ad quos bona redierunt. Ex altera parte occurrit ratio, cur isti teneri non debeant. Etenim si tenentur, aut condemnatos eos esse oportet, aut condemnato successisse, nam adversus alios iudicati actio non datur. *L. 4.* §. 1. *L. miles*, §. *ult. sup.* Porro istos non esse condemnatos proponitur: atqui nec condemnato successerunt. Succedunt enim patri pupillæ defunctæ, non pupillæ, nam de bonis patriis agitur. Quare iudicati actione teneri
4 non possunt. Teneri † tamen respondet, inquit, *et dandam in eos iudicati actionem.* At quo iure, cum isti, ut dixi, nec condemnato successerint? Imo hoc ipso successerunt condemnato, quod successerunt patri pupillæ, hic enim pater, subducta persona pupillæ, perinde habetur, quasi condemnatus esset. Idque ita efficitur. Cum enim pupilla condemnata est, remota pupillæ et alius heredis persona, siquidem aliquid agit condemnatio (ut eam ratam esse supra diximus) necesse est, hereditatem videri condemnatam: eamque iudicati actione teneri. Dominus enim litis utique condemnatus est: alioqui inutilis esset condemnatio. Ubi autem alius dominus non est, hereditas pro domino habetur. L. *hereditas, sup. de acq. rer. dom.* Hæc igitur remota pupillæ persona pro condemnata habenda est. Et sane si ea quæ a pupillo gesta sunt, rata habentur pro hereditate, scilicet ut inde actio acquiratur hereditati, quasi hereditas rem gessisset. *L. 5. sup. de condic. indeb.* merito hoc idem et adversus hereditatem valebit. Quod si in proposito hereditas condemnata est: necesse est etiam defunctum videri condemnatum: quoniam ipsa hereditas defuncti personam sustinet. *L. hereditas, sup. de acq. rer. dom.* huic autem isti, de quibus agitur, successerunt. Successerunt igitur condemnato: ac proinde, quod quærebatur, iudicati actione tenebuntur, ut teneretur hereditas. Excipit † Scævola; *Nisi culpa tutorum pupilla conde-* 5
mnata sit. Et recte: nam quæ a pupilla gesta sunt, rata habentur et post abstentionem: sed hac conditione, si bona fide gesta sint. *d. L. quoties, sup. de acq. hered.* Non videntur autem tutores agere ex fide caussam pupillæ, si eorum culpa, negligentiave pupilla condemnatur. Si puta, aut eam plane non defendunt, aut aliquid, quod ad defensionem eius pertinebat, prætermittunt. Cuius generis multa proponuntur in persona fideiussoris non ex fide bona creditori respondentis, in *L. fideiussor, sup. mand.* Sic fit, ut quod culpa tutorum factum est, ratum non sit: eoque nec quenqam, abstinente pupilla, teneat.

Ad L.

Ad L. Acta. 45.

Paulus Libro I. Sententiarum.

Acta apud se habita, si partes consentiant, et iudex hoc permiserit, potest iubere ea die circumduci: nisi vel negotium, vel lis terminata sit.

SUMMARIA.

1. *Iudicem dicta sententia, scripturas eorum quæ iudicio acta sunt, non posse circumducere.*
2. *Lite tamen nondum finita posse de partium consensu acta iudicis iussu deleri, et quare iudicis et litigantium consensus necessarius.*
3. *Acta iudicii eadem die quo dicta est sententia circumduci debent, et quæ sit huius rei utilitas.*
4. *Verba actorum licet emendare, dummodo sensus idem maneat.*

SI verum est, quod dicitur in *L. iudex, sup.* Iudicem, posteaquam sententiam
1 dixit, iudicem esse desinere: consequens † est eum sententia dicta, neque sententiam, neque quicquam eorum, quæ ad iudicium prius pertinent, mutare posse: nihilo magis quam potest privatus quivis, qui eius rei iudex non sit. Ob id nec acta iudicii, idest, scripturas eorum, quæ iudicio acta sunt, circumducere, idest, delere potest, et hoc, postquam negotium terminatum est, ut hic Pau-
2 lus definit. Cæterum † re nondum iudicata, idem statuit, posse iudicem non iubere fieri, dummodo et ipse, et partes consentiant, et eadem die circumducantur. Quod iudicio nondum finito id licet, non mirum. Tandiu enim iudex est, cuius in potestate sunt ea, quæ ad iudicium pertinent. Sed omnium consensus requiritur, et litigatorum, et iudicis: quia omnium interest, acta non deleri, sed ea publice exstare. Litigatorum; ut si perperam iudicatum sit, exstet in his publicum testimonium, caussam esse cur appelletur, quod testimonium aliunde sumere non possunt. Iudicis; quia pertinet ad eius existimationem, intelligi eum recte iudicavisse: quod acta iudicii declarabunt. Pertinet etiam ad rem eius familiarem, ne postea ipse conveniatur, quasi male iudicando litem suam fecerit. *L. ult. inf. de extr. cognit.* Eadem † autem die 3
vult ea circumduci posse, non quia postea ex omnium consensu cancellari non possint: sed quod si possint legi, non minus noceant litigatoris: quam si cancellata non essent. Ut intelligere liceat ea quæ eadem die circumducta sunt, etsi quid turpe aut famosum gestum esse contineant, tamen ad infamiam non magis nocere, quam si id perscriptum non esset. Hæc ideo, quia quod eodem die circumductum est, perinde habendum est, quasi perscriptum et testatum non esset, propter continentiam rei gestæ. Arg. *L. lecta, 5. si cert. pet.* Quod autem postea debetur, idest, ex intervallo, sic accipitur, quasi aliquando scriptum et testatum fuerit, postea deletum. Quod autem semel esse cœpit, tametsi deleamus, tamen fuisse ita aut ita, verum est. Sed hæc de actis ipsis dicta sunt.
Cæterum † de verbis actorum si quæratur, 4
nihil prohibet actorum verba emendari: dum [1] sententia actorum eadem maneat. Idque est, quod sequitur in fragmento sequenti, scilicet res mutare vetatur iudex verba autem de re nihil mutant.

Ad §.

1) Ubi verbum *sententiæ* non iudicialem denotare, ut gl. et DD. sed sensum ac intentionem scribentis statuit Walther. 2. *Misc.* 23. De interpretatione ambiguorum verborum sententiæ vid. Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 3. Quod ordinarius maior possit sententiam interpretari, non minor iudex, non delegatus, Wurmser. *Tit.* 22. *Observ.* 18.

Ad §. De amplianda.

Dixi ad L. Paulus 42.

Ad §. Contra indefensos minores. *ult.*

Vide L. de unoquoque, inf.

Ad L. Actorum. 46.

Vide ad L. acta, in fin. supr.

Ad L. De unoquoque. 47.

Paulus Libro v. Sententiarum.

De unoquoque negotio præsentibus omnibus, quos caussa contingit, iudicari oportet, aliter enim iudicatum tantum inter præsentes tenet. Qui apud fiscum caussam defendere sæpius conventi neglexerint, rebus iudicatis subiiciendi sunt: quod ex eo apparet, si sæpe conventi præsentiam sui facere noluerint.

SUMMARIA.

1. *Sententiam ferri oportere præsentibus iis quorum interest*, et n. 5.
2. *Etiam si plene cognita caussa fuerit antea per iudicem, et partes nihil se addere velle testentur.*
3. *An sit idonea aliqua huius legis, seu responsi caussa; dubitandi ratio.*
4. *Caussa superioris responsi idonea explicatur.*

EX his, quæ ad vim sententiæ pertinere diximus, *L.* 4. §. *condemnatum*, *supr.*
1 est hoc unum, quod hoc loco † traditur, ut
iudicetur [1] præsentibus omnibus, quos caussa contingit. Aliter iudicatum tantum inter præsentes tenere. Etsi, ut adessent litigatores, exigeretur caussa nondum plane cognita, ut ea melius per litigatores, cum adessent, cognosceretur, res non haberet dubitationem,
2 quin recte exigeretur. Atqui † etsi iudex penitus caussam cognoverit, et cum interogasset litigatores, nunquid vellent addere, responderint illi nihil velle amplius, tamen quandocunque postea iudex sententiam ferat, sic hoc loco Pauli sententia est, ut etiam tunc præsentibus litigatoribus iudicari oporteat. Vult enim non cognosci præsentibus iis, quos caussa con-
tingit, sed iudicari. Quæro igitur hoc † lo- 3
co, quæ tandem afferri possit idonea caussa, quæ hoc, tam, ut videtur, non necessarium, ne dicam inutile, ad sententiam ferendam intervenire debere suadeat, ut nisi intervenerit, nihil agatur. Primum, nullum litigatoris damnum est, si eo absente iudicatur: ubi res eo statu est, ut quamvis cupiat, tamen præsens nihil possit adiicere. Id vero etiam cum natura rei pugnare videtur, ut exigamus. De iudicio agitur. Id totum est adversus invitos, nec tantum in invitum redditur, sed etiam invitis litigatoribus, cum opus est, recte iudi-

1) De citatione ad audiendum sententiam vid. Myns. 3. *Obs.* 71. Gail. 1. *Obs.* 109. Menoch. 2. *Præsumpt.* 74. Mathesil. Sich. et Io. Bapt. Suarzenthal. *ad tit. Cod. Quom. et quan. iud. sent. prof. deb. part. præsent.* et Gravat. *ad pract. vestr. Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. B. et C. et Lib.* 7. *Cap. ult. lit. G.* Quodque nec Principis sententia una parte præsente teneat Duar. *ad L.* 47. *h. t.* nisi de plenitudine potestatis Alb. Galæot *Marg. aureæ Cap.* 24. *n.* 27. Et quod contumax in toto processu citandus ad sententiam, nisi fuerit citatus ad omnes actus et totam caussam usque ad sententiam inclusive, Lanc. Conrad. *de Off. Præt. in causs. civil. v. contumacia n.* 3. Quare cum in Camera citatio generalis recepta sit, Vid. *not. supr. Lib. Civil. Comment.* 23. *Cap.* 2. *N.* 2. hæc non requiritur Gail. *d. Obs.* 109. *n.* 3. Myns. *d. Obs.* 71. In Hispania partes ad hoc non citantur, sed facta conclusione caussæ potest ferri sententia, quandocunque verum tempus appellandi non currit, donec ea partibus intimetur. Sarmient. 2. *Select. interpret.* 14. *n.* 7.

dicatur. Damnamus et invitos, et reus etiam invito actore, absolvitur. Ergo qui potest invitis litigatoribus iudicare: is absentibus illis et ignorantibus non poterit? hoc vero iam nec ratio, nec regula iuris pati videtur; qua efficitur, qui potest invitis aliquibus alienare, eum multo magis posse et ignorantibus et absentibus. *L. qui potest invitis, infr. de reg.*
4 *iur.* Sed † quemadmodum, si nullum litigatoris absentis damnum est, eo absente de re iudicari: fatendum est, frustra hoc exigi, ut ipsis præsentibus iudicetur: ita contra, si eius et Reip. interesse probatur, id fieri, quæstio tollitur. Plurimum vero omnibus temporibus litigatorum interest, eos præsentes esse, cum sententia profertur, etiamsi maxime iudex iam ante plane caussam cognoverit. Primum possunt dicere, quod iudicem moveat. Si nihil aliud: at certe eorum præsentia deterrere iudicem potest, ne quid inique ipsis præsentibus statuat. Ea enim vis est conscientiæ, ut animus male sibi conscius, eos, quibus scit compertum esse quod agit, quasi id statim prodituros reformidet, eorumque conspectu et iudiciis quasi tacito quodam verbere percellatur. Quid enim interest, cum de iure quæritur, natura quis præsens sit, an iuris existimatione? Illud † notandum, quod dici- 5
tur, præsentibus iis, ad quos res pertinet, iudicari oportere, tam pertinere ad eos, secundum quos iudicatur, quam ad eos contra quos iudicatur. Nam nec absenti sententia dici potest. *L. pen. §. si quis absente, inf. prox. tit. L. furioso, sup. eod.*

Ad L. Decreta. 48.

Triphoninus lib. II. Disputationum.

Decreta a prætoribus latine interponi debent.

SUMMARIA.

1. *Decernere quid sit.*
2. *Conciliatur* L. iudices 12. Cod. de sent. h. L. decreta 48. D. eod. *et n.* 3.
3. *Sententias proferri oportere ea lingua quæ publice nota sit, sive greca, sive latina.* ibid.
4. *Stipulatio quavis lingua confici potest, dummodo verborum sensus intelligatur etiam per interpretem.*

1 Decernere est † quid statuere caussa cognita. Itaque prætor etiam cum iudicat, decernere dicitur: et sententia eius decretum est. *L.* 1. *supr. quod quis iur. L. si prætor, in pr. supr. de iudic. L. mulier,*
2 *supr. ad Trebell.* Itaque † contraria iam videtur. *L. iudices, C. de sentent.* in qua ita scriptum est, Iudices tam Latina quam Græca lingua sententias proferre possunt. Sed commode hi loci conciliabuntur, si animadverterimus, cum quæritur, qua lingua sententia proferri possit, duas esse hic quæstiones. Unam, an oporteat linguam publice intelligi, alteram si pariter utraque lingua nota sit græca et latina, an quicquam intersit, quo genere linguæ sententia proferatur, an ni-
3 hil. Hoc intellecto, † si de genere linguæ tantum quæritur: recte respondebitur, dum lingua nota sit in ea regione, qua sententia profertur, non esse in ullo discrimine habendum, utrum hac iudex: an illa utatur. Verba enim significandarum voluntatum caussa inventa sunt: quæ si sine verbis intelligi possent, ne verbis quidem uteremur. §. *si quis in nomine, Instit. de legitim.* In hanc sententiam est *L. iudices*, quæ de linguæ discrimine tantum statuit. Quod si præterea hoc quæritur, an eam linguam, qua sententia profertur, notam esse oporteat in eo loco, ubi profertur, semper hoc exigimus, ut nota sit; idque est, quod hic dicitur, decreta debere a prætoribus latine interponi. Meminisse enim oportet, prætores fuisse urbanos magistratus, qui Romæ tantum ius dicerent. *L.* 2. §. *Divus deinde Augustus, supr. de orig. iur.* Romæ autem sermo familiaris, et notus fuit Latinus. Latino igitur prætorem uti oportuit: non quia latinus esset, sed quia Romæ notus. Arg. *L.* 1. §. *de quo, supr. de inst. act.* quamvis id ad alia loca non facile quis transferat, in quibus propter vim et maiestatem imperii ius latine dici potuit. Atque hic discrimen † inter sententiam et stipulatio- 4
nem observandum est. Stipulatio enim quasi lingua confici potest, tantum ut intelligatur verborum sententia: sed satis est rem intelligi vel per interpretem. *L.* 1. §. *ult. infr. de verb. oblig.* At sententiam ea lingua profer-

ferri oportet, quæ publice sit nota etiam sine interprete, ut hic declaratur. Optima sane ratione utrumque: quippe stipulatio res privata est, geriturque inter privatos, qui si falluntur per interpretem: et privatum eorum damnum est tantum, et de se queri debent, quibus ita rem geri placuerit. At sententiam palam ab omnibus intelligi etiam sine interprete non solum litigatorum interest in eo, ne decipiantur, ubi nolint rem decidi ista lingua, et cupide sententiam corrigi: sed etiam ut iudices vel ab initio pudeat inepte aut perperam aliquid iudicare tam multis adhibitis testibus, quam multi sententiam audituri aut lecturi sunt. Pertinet hoc etiam ad auctoritatem publicam rerum iudicatarum nihil obscure geri in iudiciis, sed omnia palam et aperte. Solent enim nobis esse suspecta, quæ vel celantur, vel non intelliguntur.

Ad L. Et exheredatum 49. et seqq.

Vide L. sunt qui, supr.

Ad L. Si quis dolo. 51.

SUMMARIUM.

1. *Dolo quis facere videtur ut veneant sua bona.*

1 Dolo † videtur facere, ut bona sua veneant, qui subornat aliquos, qui mentiantur sibi ab eo deberi: ipse autem se ab his vinci et condemnari patitur: qui deinde actione iudicati consequuntur, ut pignora capiantur et distrahantur.

Ad §. Si quis. 1.

Si quis creditorem missum in possessionem rei servandæ caussa, non admiserit, et venditor præstiterit creditori, quanti eius interfuerit, quæsitum est, an debitor liberetur. Et puto improbum eum esse, qui velit iterum consequi quod accepit.

SUMMARIA.

1. §. Si quis, *accommodatum esse ad interpretationem edicti*, ne vis fiat ei, qui etc.
2. *Species huius* §. *quæ sit.*
3. *An creditor qui ex venditione bonorum per apparitores facta debitum consecutus est, rursus agere possit actione in factum ea de re adversus debitorem.* et n. 2.

1 Locus est † adcommodatus ad interpretationem Edicti, *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.* Species tantum facti
2 hoc loco quæratur idonea. Mihi videtur † esse hæc. Sciendum est, si debitor absit, neque defendatur, creditores postulare posse ex edicto, ut mittantur in possessionem bonorum debitoris rei servandæ caussa. *L.* 1. *et* 2. *infr. quib. ex causs. in poss. eat.* Eos, qui missi sunt, ita tuetur prætor, qui eos in possessionem ire iussit, ut si forte admissi non sint, actio detur in factum in id, quod creditoris interest, se admissum esse. *L.* 1. *sup. ne vis fiat ei.* Igitur accidit, ut creditor in bonorum possessionem debitoris missus a debitore non admitteretur; deinde bona debitoris vel ab eodem creditore, vel ab aliis creditoribus distrahantur per apparitores magistratus; hi sunt horum bonorum venditores. Apparitor bonis venditis solvit et creditori, qui admissus non erat, quantum ei ex caussa mutui (finge enim eum ex hac caussa credidisse) debebatur. Idem † postea nihilominus, cum debitore agit actione in factum ex 3
ea caussa, quod in possessionem prius admissus non fuerit. Id prima ratione iure facere videtur; quod enim prius consecutus est a venditore bonorum, ex caussa mutui consecutus est; nunc ex alia caussa agit, et alia actione experitur, ut iam nihil videatur alii obstare, quominus recte agat. Ait Paulus improbum esse eum, qui velit iterum consequi quod

quod accepit. In hanc sententiam recepta est regula iuris, quæ ita habet, Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *h. bona, infr. de reg. iur.* Nec quicquam mutat, quod in hac specie creditor alia actione utitur, et ex alia caussa. Nam in utraque et caussa et actione eadem res vertitur, nempe quod creditoris interest, quod creditor semel consecutus, iterum consequi non potest, quamvis alia actione. Inde traditur, quoties duæ actiones de eadem re competunt, una perempta alteram consumi. *L. sed actione, supr. pro soc. L. qui servum, §. si is cui, infr. de obl. et act.*

Ad L. Si rerum. 52.

Vide L. sunt qui, supr.

Ad L. Contumacia 53.

Hermogenianus lib. I. iuris epitomarum.

Contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur. Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus (quod vulgo peremptorium appellatur) literis evocatus præsentiam sui facere contemnit. Pœnam contumacis non patitur, quem adversa valetudo, vel maioris caussæ occupatio defendit. Contumaces non videntur, nisi qui cum obedire deberent, non obsequuntur, idest, qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent.

SUMMARIA.

1. *Absentem per contumaciam litis damno coerceri.*
2. *Item pœnali iudicio.*
3. *Et vel utroque vel alterutro, prout iudici expedire videbitur.*
4. *Contumax qui dicatur.*
5. *Duo absentium genera non tamen contumacium, et qui sint tales.*

SEntentia etiam adversus absentem lata, dum legitimis edictis evocatum, valet, ut supra dictum est ad *L. de unoquoque*, sed dissimili effectu. Nam si absens, qui condemnatus est, non per contumaciam abfuit, appellare potest: sin per contumaciam, non potest. *L. et post edictum, §. ult. sup. de iudic.*
1 Hoc est † quod in *L. de unoquoque*. §. 1. dicitur, subiiciendos esse rebus iudicatis, idest rei iudicatæ sine ullo remedio parere cogendos esse, qui absentes legitime evocati adesse et caussam defendere noluerunt. Nam is contumax est, qui ita adesse noluit. Hoc idem est, quod aliis verbis expressit Hermogenianus hoc loco. *Contumacia*, inquit, *eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.* litis damno: quia qui cum abesset per contumaciam, condemnatus est, litem amittit: ut qui rem iudicatam rescindere non possit ne per appellationem quidem, remedium alioqui solemne, et usitatum. Sed huius definitionis in promptu esse reprehensionem quis dixerit. Nam huiusmodi contumaciam, de qua loquitur Hermogenianus, coerceri [1] scimus pœnali actione omnibus magistratibus constituta adversus eum, qui non obtemperavit, in id, quanti ea res est, idest, quanti contemptus magistratus: de qua scriptum est in *L. un. supr. si quis ius dic. non obt.* Et præterea, si quis per contumaciam abest, in eoque ius dicenti non obtemperat, non continuo is litis damno afficitur. Non enim statim post edictum peremptorium iudex absentem condemnat: sed caussam cognoscit, et si reperit eum bonam caussam habere, secundum eum iudicat. *L. et post, supr. de iudic.* At horum nihil huic definitioni adversatur. Coercetur † contumacia ius dicenti non 2
obtemperantis pœnali iudicio: non ideo minus et litis damno coercetur. Coercetur † u- 3
tro-

1) Ita supr. *Lib. Civil. Comment.* 15. *Cap.* 24. *N.* 9. ubi Vid. *not.* Add. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 11. *n.* 10. Menoch. *retin. poss. Remed.* 1. *n.* 62. *et* 2. *seqq.* Et quod ita mulctari possit etiam parte non instante, Contar. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 72. Quomodo iniurias sibi factas hic Magistratus ipse vindicet, nec tamen iudex in caussa sua sit, vid. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 50. *n.* 45.

troque modo, prout scilicet ius dicenti videbitur; atque etiam utroque simul, si videbitur. Et quod hic dicitur, contumaciam coerceri litis damno, sic intelligendum est, si iudici videatur non obtemperantem coercere, non aliter. Neque enim litis damno coercetur ipso iure, sed sententia magistratus. Et in potestate est magistratus, eum damnare, si velit; cæterum non habet necesse: de quo diserte scriptum est in *L.* 1. *C. quom. et quan. iud.* Hoc posito de contumacia, quod diximus, consequens fuit, ut quæreretur, qui sint contumaces: quod deinceps hoc capite et sequenti explicatur.

Præsentiam sui facere contemnit. Bene,
4 contemnit. Is † contemnere dicitur, qui cum possit, et debeat vocanti parere, non paret.
5 Ex quo † colligitur, duo esse genera eorum, qui quamvis legitimis edictis evocati scientes absint: tamen non sunt contumaces: quæ deinceps genera sequuntur. Unum est eorum, qui etiamsi vellent, adesse non possunt, ut qui valetudine impediuntur, vel vi maiore, vel necessaria aliqua occupatione, qualis est eorum, qui Reip. caussa absunt, etiamsi habeant domi procuratores; aut qui sunt in vinculis, hostiumve potestate. Alterum genus eorum, qui ad iurisdictionem iubentis non pertinent: ut qui non sunt ex eodem territorio: si quidem nemo facit contumacia, nisi dolo: nec quisquam dolo, qui suo iure utitur. *L. nullus, infr. de reg. iur.* Ex hoc genere posteriori est is, qui ad maius auditorium vocatus est; de quo in *L. seq.* §. *ult.*

Ad L. Contra. 54.

Paulus lib. I. Sententiarum.

Contra pupillum indefensum, eumque, qui reipublicæ caussa abest vel minorem vigintiquinque annis propositum peremptorium nihil momenti habet. Is, qui ad maius auditorium vocatus est, si litem inchoatam deserit, contumax non videtur.

SUMMARIA.

1. *Auditorium quid sit.*
2. *Quo sensu hic accipiatur.*
3. *Eum qui ad maius auditorium vocatus priorem iudicem deseruit, et licet vocatus non paruit, abesse ab omni contumacia.*
4. *Difficultas quæ ducitur ex* L. si quis postea 7. D. de iudic. *removetur.*

1 Auditorium † significat locum, in quo caussæ aguntur, et audiuntur, et ius redditur; qua significatione dictum est auditorium Æmilii Papiniani in *L. lecta, supr.*
2 *si cert. pet.* Per synecdochen [1] usurpatur † hoc loco pro iurisdictione et potestate, quæ in auditorio exercetur: ut intelligatur is vocatus esse ad maius auditorium, qui ad celsiorem dignitatis et potestatis gradum vocatus est: quam est eius, apud quem prius
3 litigabat. *Qui* † inquit, *ita vocatus est si litem inchoatam deseruit, contumax non videtur.* Quod sic intelligendum est, quamvis ab eo postea vocetur, apud quem cœperat litigare. Et recte: desiit enim pertinere ad iurisdictionem iubentis: quoniam magistratus ne in parem quidem imperium, aut iurisdictionem habet, nedum in superiorem. *L. ille a quo,* §. *tempestivum, supr. ad Trebell. L.* 4. *supr. de recept. arb.* Atqui † scribitur in *L.* 4
si quis postea, supr. de iudic. *si quis posteaquam in iudicium vocatus est, alterius fori esse cœperit, in ea caussa ius revocandi forum non habere, quasi præventum.* Et hoc recte dicitur de eo litigatore, qui forum tantum mutat, idest, qui ita unius fori et iurisdictionis esse desinit, ut alterius eiusdem modi esse incipiat, ut ab unius magistratus iurisdictione transeat in alterius paris iudicis iurisdictionem. Non pertinet ad eos, qui subducuntur omni eiusmodi iurisdictione; qualem antea patiebantur. Denique qui nullius fori esse incipiunt talis, in quo is, apud quem lis inchoata erat, aut quivis alius par magistratus posset sedere, et de re cognoscere. Prius est enim, ut litigator subiiciatur alicui iurisdictioni, quam ut quisquam iudex præter cæteros sibi in eum iurisdictionem vindicet.

[1]) Immo significatur Prætorium, seu curia Imperatoris ut *L.* 18. *de minor. L.* 40. *de reb. cred. L.* 224. *ad SC. Treb.* Gœd. *de contr. stip. Cap.* 8. *n.* 59. *Vid.* Vant. *de Nullit. ex des. Iurisd. n.* 162.

Ad L. Iudex. 55.

Dixi ad L. Paulus. 42. supr.

Ad L. Post rem. 56.

Idem lib. XXVII. ad Edictum.

Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam, nihil quæritur post orationem divi Marci quia in iure confessi pro iudicatis habentur.

Post rem iudicatam nihil amplius quæri, id valet: quod apertius traditum est de re iureiurando deciso in *L. non est*, §. *dato supr. de iureiur.* post rem iudicatam nihil amplius quæri, quam an iudicatum sit, omissa quæstione, an debeatur nec ne; quod nihil aliud est, quam rebus iure iudicatis standum esse; sententiam rescindi non posse, vel prætextu novorum instrumentorum; de quo satis dictum ad *L. præses*, *et L. divus*, *et L. Imperatores*, *supr. eod.*

Ad L. Quidam. 57.

Idem Libro II. Disputationum.

Quidam consulebant, an valeret sententia a minore vigintiquinque annis iudice data. Et æquissimum est, tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor decem et octo annis sit. Certe si magistratum minor gerit, dicendum est, iurisdictionem eius non improbari. Et si forte ex consensu iudex minor datus sit, scientibus iis, qui in eum consentiebant: rectissime dicitur valere sententiam. Proinde si minor prætor, vel consul ius dixerit, sententiamve protulerit, valebit. Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.

SUMMARIA.

1. *An pubes minor, qui tamen decem et octo annis sit maior, iudex esse queat, eiusque valeat sententia.*
2. *Quæ sit I. C. Ulpiani distinctio*, et n. 3.
3. *Posterioris membri distinctionis exceptio duplex et quæ.*
4. *Minorem annis 25. vere iudicem esse non posse, sed tamen ubi sententiam dixerit, valere ex litigantium consensu, et eius voluntate qui iudicem dedit.*
5. *Minoris 25. annis qui tamen annis decem et octo maior sit, sententiam valere quocunque modo iudex datus* et n. 7.
6. *Minoris, et qui decem et octo annos non attigit, non aliter valere sententiam, quam si ex consensu litigantium fuerit datus* et n. 8.

In re iudicanda iudicem competentem esse oportet. *L.* 5. §. *eod.* Competens non est, qui non est ea ætate, ut iudicis munere fungi possit: de hac ætate quæritur. Et constat, impuberem natura iudicem esse pro-
1 hiberi. *L. cum prætor*, *sup. de iudic.* De † pubere, minore tamen vigintiquinque annis, an iudex esse possit, et si iudicaverit, sententia eius valeat, res est iuris non usque
2 adeo explorati. Et extat hoc loco † de hac re tota Ulpiani distinctio huiusmodi, ut si maior sit decem et octo annis, sententia ab eo lata valeat. Si minor †, non valeat duobus 3
exceptis iudicibus. Uno, qui idem iudex sit et magistratus. *Cum enim*, inquit in fine Ulpianus, *princeps minorem magistratum fecit*, *decrevit omnia per eum agere.* Altero, qui ex consensu datus sit, scientibus his, qui in eum consentiunt, sed ut dixi, de hac re parum liquet. Nam contra illud probari posse

hanc tuendam esse. Non obstat, quod nec se videtur, minorem vigintiquinque annis in totum iudicem esse non posse. Primum ad remp. administrandam, et munera publica personalia minores admitti non debere constat. *L. ad remp. infr. de mun. et hon.* Iudicandi autem munus publicum et personale est. *L. quippe, sup. de iudic. L. ult. §. iudicandi, inf. de mun. et hon.* quare minor ad iudicandi munus admitti non potest. Præterea et illud certum est, minorem annis vigintiquinque arbitrum esse non posse: hac ratione, quod iudicare cogi non possit. *L. cum de lege, supr. de recept.* Ex quo nec iudex erit ista ratione. Ut enim arbiter, sic et iudex iudicare cogitur. *L. de qua re supr. de iudic.* adeoque qui non potest cogi iudicare, iudex esse non potest, ut si ab initio recte datus iudex sit, ac deinde in morbum incidat, qui remittat iudicandi necessitatem, mu-
4 tari debeat. *L. iudex, 16. sup. de iudic.* De
quibus ego ita † statuo, minorem annis vigintiquinque vere iudicem esse non posse, cum non cogatur iudicare. Cogi enim posset id facere, si vere iudex esset, ut dictum est. Plus dico: etiamsi ipse dictionem sententiæ incipiat, iudex esse non potest, si litigatores recusent: quoniam ita ius est, ut ad munera publica admitti non possint. Sed si ipse ultro recipiat cognitionem caussæ, et litigatores consentiant: non erit ille quidem proprie iudex; sed si sententiam dixerit, valebit: cum propter consensum litigatorum, tum propter voluntatem eius, qui eum dedit. Et hoc est, quod animadverti debet in hoc responso. Non enim Ulpianus dicit maiorem octodecim annis iudicem esse posse: sed si sententiam dixerit, minor viginti annis arbiter esse potest, nec sententiæ ab eo dictæ valent, etiam adversus consentientes. Plus est enim in iudice dato, quam in arbitro. Arbitro auctoritatem et potestatem non conciliat, nisi litigatores, qui plus iuris non habent quam arbiter. Iudicis sententiam confirmat auctoritas et potestas magistratus, qui eum dedit. Quem enim magistratus iudicem dat, perinde est quasi magistratus per eum sententiam dixisset.

Verendum tamen, ne, quod supra dixi, eius qui maior est decem et octo annis sententiam ita valere, si ex consensu litigatorum datus sit, hoc ipso responso refellatur. Nam si maioris sententia non alia conditione tuenda est: nihil intererit inter hunc, et eum qui ea ætate minor est, cum Ulpianus dicat etiam
minoris sententiam valere; dum ex consensu 5
iudex minor datus sit. Atqui eos aperte separat. Unde † intelligi debet, maioris quidem decem et octo annis sententiam tuendam esse, quocunque modo datus sit: minoris au-
tem ita demum, si † datus sit ex litigatorum 6
consensu. Sed est quod inter istos intersit, ex hoc ipso loco, etiamsi statuerimus, neutrius valere sententiam, nisi datus sit ex con-
sensu litigatorum. Maioris enim sententia † 7
valebit hoc ipso, quod litigatores non repugnabunt, quo minus ille iudex sit; etiamsi de illius ætate ignoraverint. At in minore de-
cem et octo annis, hoc † exigit Ulpianus, 8
ut vere datus sit ex consensu litigatorum; scientibus nimirum his, qui in eum non consenserunt: scientibus, inquam, minorem decem et octo annis dari, ita ut ad eorum consensum manifestum nihil desit.

Ad L. Si cum nulla. 58.

Idem Libro VII. Disputationum.

Si cum nulla sententia præcessisset, capta sunt, et distracta pignora: possunt recuperari.

Possunt revocari: condictione sine caussa. Capta sunt enim pignora in caussam iudicati: quam caussam nullam fuisse apparet *L. 1. sup. de cond. sine causs.*

Ad L. In sententiis. 59. *In pr. et §. 1.*

Dixi, quod huc pertineat, ad L. 5. §. ult. sup.

Ad §. ult.

Vide L. de unoquoque, sup.

Ad L. Quæsitum. 60.

Dixi ad L. de unoquoque, sup.

Ad L. In iudicati 61.

Idem Libro XLV. Digestorum.

In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit.

SUMMARIA.

1. *Creditorem qui prius agat iudicati, posse ab eo qui sibi condemnatus est posteriori, id totum quod facere potest auferre nullo ære alieno deducto, quod illustratur exemplo et n.* 3.

2. *Excepto donatore qui deducere potest condemnatus quod aliis debet non ex simili caussa.*

4. *Contraria superiori definitioni removentur, et princip.* L. inter eos, 19. eod. exponitur.

1 Sententia est. Si idem † duobus condemnatus sit diversis temporibus, et is, cui posterius condemnatus est, prior agat iudicati; hic totum auferet ex bonis iudicati, quod illum reperiet facere posse non deducto ære alieno, etiam quod iudicatus debeat ei, cui prius condemnatus fuerat. Adeo verum est, quod diximus in L. *sunt qui*, omnes, qui in id solum, quod facere possunt, condemnantur, conveniri in quod possunt, nullo
2 deducto ære alieno. Atqui † excipitur donator: qui deducere potest, quod aliis non eadem caussa debet. L. *qui ex donationis, sup. de donat.* L. *inter, sup. eod.* qui si deducere potest, quod iis debet non condemnatus: multo magis his debet, si iam ante his con-
3 demnatus fuerit. Quid est igitur, quod † hic generaliter dicitur in iudicati actione, qua convenitur, exempli gratia donator, non prius haberi rationem eorum, quibus prius condemnatus est? Et nimirum hoc sic intelligendum est: si tantum ob eam caussam reus velit deduci, quod alii debet, quia prius ei fuerit condemnatus: non etiam si alia de caussa id fieri postulet, propter quam posset deducere, quod illi debet, quamvis ei prius condemnatus non esset. Finge hoc modo: filiusfamilias cum multis contraxit. Emancipatus ab uno ex his convenitur, et damnatur in id, quod facere potest: convenitur deinde ab alio paullo post, cui emancipatus itidem condemnatur. Hic posterior prius iudicati agit, et omnia capit pignori, quæ offendit in bonis iudicati. Postulat iudicatus rationem prius haberi eius, cui prius condemnatus est, idest prius deduci, quod ei debet: aut etiam prior ille creditor ultro adest, et sui rationem prius haberi debere contendit. Dicimus hoc loco eius rationem prius habendam non esse: quia ita ius sit, omnes qui condemnantur in id quod facere possunt, conveniri nullo deducto ære alieno, excepto donatore: qui quod ex donatione conventus aliis debet, deducere potest, non quia his forte condemnatus iam sit: sed quia ipse donator est; illi autem, quorum rationem haberi vult, alterius conditionis creditores.

Sed si inter † plures creditores eius, cui 4
reus prius condemnatus est, prius ratio non habetur, falsum est quod supra dicitur in L. *inter eos*, Inter istos meliorem esse conditionem occupantis. Is enim dicitur occupasse rem, qui prior ad sententiam pervenit. *L. si vero*, 10. *sup. de pecul.* Eius autem conditio quomodo melior, nisi cæteris præferatur, nisi eius ratio habeatur ante cæteros? Et fateor meliorem esse alicuius conditionem, hoc significare præferri cæteris. Sed duobus modis quis cæteris præferri potest. Uno modo, ut ipso agente, et sententiam occupante, pro cæteris creditoribus, qui sunt eiusdem conditionis, nihil deducatur, quamvis reus conveniatur ex donatione: et hoc modo semper melior est caussa occupantis. Altero modo, potest unus præferri cæteris, dum aliis prius ad iudicati agentibus vult his deducere, quod sibi debetur: hoc vero modo eius, qui prius ad sententiam pervenit, non est melior occupantis conditio, nec eius ratio prior habetur, ut hic dicitur. Et in summa, hactenus occupantis melior caussa est, ut ei nihil detra-

trahatur, de eo, quod occupat: non etiam, ut ipse aliis res occupantibus illis detrahat, quod sibi debetur. Ut ipsi agenti detrahi nihil potest: sic nec ipse aliis agentibus detrahere. Nec huius interpretationis confirmatio aliunde petatur, quam ex *L. inter eos*, ubi superior regula traditur. Cum enim dixisset Paulus, *Inter eos, quibus ex eadem caussa debetur, occupantis melior conditio est*: id interpretans subiungit, *nec deducitur, quod eiusdem conditionis hominibus debetur*. Nam si volebat eum, qui occupat, in utroque esse potiorem, ut nec deducatur ei, si ipse aliis detrahat: cur id, de quo multo maxima erat quæstio, Paulus prætermisit? Adde, quod non potest aliter verum esse, quod subiicit, solum donatorem conveniri deducto ære alieno: quam si statuerimus cæteros non posse deducere, quod aliis debeant: quamvis his debeant ex caussa iudicati.

Ad L. Cum quærebatur. 62.

Alphenus Varus Libro VI. Digestorum a Paulo epitom.

Vide L. Paulus. 42. sup.

Ad L. Sæpe. *Penult.*

Marcellus Lib. II. de Appellationibus.

Sæpe constitutum est, res inter alios iudicatas, aliis non præiudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam sententia inter alios dicta, aliis quibusdam etiam scientibus obest: quibusdam vero, etiam si contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil præiudicat: veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur, nam alteri integra defensio est, etiam si cum herede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni non præiudicatur, idque ita rescriptum est. Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est, obest, cum quis de ea re, cuius actio, vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur: veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut possessor venditorem de proprietate rei emptæ, et hæc ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia noceat, superioribus non noceat, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit, propria actione, vel defensione utatur, non potest. Is vero, qui priorem dominum defendere caussam patitur: ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. Diversa caussa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium me nesciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior: quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio interdicere quo minus suo iure utatur, sicuti de coherede supra diximus.

SUMMARIA.

1. *Res inter alios iudicatas aliis non nocere, etiam in communi et pari caussa, sive ignorantibus sive scientibus, et quare et* n. 3. et 9.

6. *Exem-*

6, *Exempla.*
2. *Sed tamen illis nocere ad quos proprio et suo nomine atque iure caussa pertinet si hi alium passi sunt ea de re agere aut eam defendere in iudicio, et hoc quare* et n. 4. *et* 5. 7. et 10.
8. *Exempla.*
11. *Summa rerum.*
12. *Contraria diluuntur.*
13. *Legitimi contradictores qui.*

De auctoritate rerum iudicatarum plus-
quam sæpe hæ sententiæ inculcatæ sunt,
Rebus iudicatis standum esse: Res iudicatas
nullo prætextu instaurari posse: Post rem iudi-
catam nihil amplius quæri. Generaliter hæc
quidem, et sine distinctione eorum, inter quos
de eadem re postea agetur. Sed quæ nihilo-
minus ita accipienda sunt: si iterum agetur
de eadem re, inter eos ipsos, inter quos res
iudicata est, ut adversus quos iudicata est,
his etiam ipsis noceat. Cæterum quod ius na-
tura servari erat æquissimum, id etiam no-
minatim constitutum est, quemadmodum res
cæteræ inter alios actæ aliis nocere non de-
bent, sic nec nocere res iudicatas. Tit. *C.
quib. res iud. non noc.* et Tit. *Res inter a-
lios acta et iudicata aliis ne noceat.* Et
regula quidem initio huius capitis statuitur
1 in hæc verba, res inter [1] † alios iudicatæ a-
liis non præiudicant. Quam et ipsam ge-
neraliter licet verbis conceptam, animadver-
sa tamen mente et ratione huius iuris con-
stituti, et exemplis aliarum constitutionum col-
latis, Macer hoc capite sic interpretatur in
summa, ut ad omnes ignorantes, itemque eos,
quorum res propria non fuit de qua actum
est, quamvis scirent, quid ageretur, velit
2 pertinere: neget † autem pertinere ad eos,
quorum actio et defensio propria fuerit de ea
re, de qua actum est, si alium de ea re passi
sint experiri. *Et hæc* inquit ille, *ex multis
constitutionibus intelligenda sunt.* Sed nihilo-
minus et ex ratione huius iuris facile intelli-
3 gitur. Cur enim † res inter alios iudicatas pla-
cet aliis non nocere? Quia iniquum est, quem-
quam facto alieno onerari, ubi nihil est, quod
ei possit imputari, cur ita actum et iudica-
tum sit. Arg. *L. in caussæ, supr. de proc.*
Non est autem, quod ei imputetur, qui igno-
ravit de re agi, sive res eius fuit, sive non
fuit. Sed nec quod imputetur ei cuius res non
fuit, de qua actum est; propterea quod et-
iamsi de ea cum domino agi sciret, tamen
non potuerit prohibere, quominus sua actio-
ne, aut defensione uteretur. Finge ergo esse,
quod † alicui imputetur, cur de ea re actum 4
sit. Et sententia legis, et ipsa auctoritas re-
rum iudicatarum hoc exigit, ut commutata
ratione res iudicata huic, cuius culpa est,
quod ageretur, noceat. Quod ei usu venit,
cuius actio et defensio fuit propria, qui non
modo ipse experiri potuit, si vellet, sed et-
iam alium agentem prohibere: et tamen alium
de ea re agere passus est. Sed et verba, et
partes distinctionis Macri consideremus.
Aliis quibusdam etiam † scientibus obest. 5
Non dicit sententiam aliis quibusdam nocere
etiam scientibus: quasi velit eam nocere igno-
rantibus, et his quidem præcipue: sed tamen
eam nocere quandoque etiam scientibus. Nam
sequens membrum, quod sequitur, et de
scientibus tantum intelligendum est, declarat
solum scientibus sententiam nocere: ignoran-
tibus aliis non nocere. Et sane est iniquissi-
mum, factum alienum nobis ignorantibus et
invitis damno esse. Sic igitur hæc verba [2] in-
terpungenda sunt: *aliis quibusdam* etiam,
scientibus obest. Ut sit sensus, sententiam in-
ter alios dictam non tantum his nocere; in-
ter quos dicta est, sed aliis etiam quibus-
dam, dummodo scientibus. Et hoc membrum
est, quod prius positum, exequitur posterius,
versic. *Scientibus sententia, quæ etc.*
Quibusdam † vero: supple, quamvis scien- 6
tibus non nocet. Unde multo minus ignoran-
tibus nocebit. Et hoc est, quod subiicit: *Nam
scientibus nihil præiudicat: etiamsi contra
ipsos iudicatum sit*: vi ipsa, non directo, ut
postea in exemplis sequentibus explicatur.
Nam

1) Quo de cum plenius tractare nec vacet nec locus patiatur, remitto ad Tiraquell. *in Tit. Res int. al. act.* Covar. *Pract. QQ. C.* 13. *et seqq.* Cravetta *de Antiquit. temp. Part.* 2. §. 1. *n.* 43. *et seqq.* Vasq. 2. *Contr. usufreq.* 23. *n.* 13. *et seqq.* (qui varias regulæ huius rationes adducit, et deinde multis eam modis restringit) Zoan. *ad L.* 2. *C. de edendo*, *n.* 5. P. Fab. *ad L.* 207. *de R. I.* Contard. *in L. diffamari C.* 3. *n.* 150. *et seqq.* Bronch. 2. *Misc.* 44. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 17. *n.* 67. *et seqq.* Mathesilan. *Sing.* 23. Hartm. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 3. Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 29. Surd. *Decis.* 256 Vult. *Cons. Marp.* 22. *Vol.* 3. Sententia contra dominum directum an noceat utili, Vid. Afflict. *Decis.* 396. Plane quoad eius personam, secundum quem lis dicta, ius facit sententia non solum ut ei prosit, sed et ut ei præiudicium adferat *L.* 50. §. 1. *de legat.* 1. Ubi sententia pro substituto contra heredem obligat istum creditoribus et legatariis, neque ab iis conventus se tuetur regula, Res inter alias iudicata aliis non prodest, Hot. 6. *Obs.* 23.

2) Quomodo evitatur correctio Cuiacii 12. *Obs.* 25. legentis: *scientibus non obest. Et seqq.* ita punctis distinguentis: *iudicatum sit nihil, nocet.*

Nam scientibus nihil præiudicat. Posterius membrum est propositæ distinctionis, quod prius adgreditur. Et exemplis duobus propositis (quibus adiungere oportet tertium, quod est eiusdem rationis, quod ipse ponit in extremo capitis) declarat, quid in universum de hac parte statuere debeamus. Idest autem huiusmodi: res inter alios iudicatas aliis non nocere, ne scientibus quidem: quamvis caussa omnium sit communis, et ratione ita coniuncta, ut quod adversus unum iudicatum est, vi ipsa iudicatum intelligatur adversus cæteros: si modo omnium sua fuit in ea re actio propria, aut defensio. Exempla hæc sunt, quibus Macer utitur. Unum, duo sunt heredes debitoris: ex quibus cum uno pro parte actum est, et pronunciatum, defunctum debuisse: itaque heres partem debiti inferre iussus est. Est hæc sententia huiusmodi, ut si vera est, reliquos omnes heredes iudicetur debere. Nam si defunctus debuit, tenentur heredes omnes singuli pro portionibus hereditariis. *L. 2. Cod. de hereditar. action.* Id etsi ita est: tamen si creditor cum alio experietur de altera parte, coheredi integra defensio est, inquit, etiamsi cum coherede suo agi sciverit. Alterum exemplum, duo sunt heredes creditoris, aut domini rei. Unus ex his partem debiti a debitore petit. Pronunciatum est, huic nihil deberi, quia defuncto nihil deberetur. Si hoc ita est, nec alteri coheredi quicquam debetur: neque enim deberi potest heredibus, quod defuncto debitum non fuit. At nihilo secius alter coheres de parte recte aget cum eodem debitore. Tertium, Titius a te fundum petit, quem suum esse intendit: tu contra tuum esse dicis: pronunciatum est, fundum tuum esse. Hac sententia non tantum adversus Titium petitorem iudicatum est, sed etiam adversus omnes alios, quicunque eundem fundum vindicaturi sunt: nam si Titius eius fundi dominus est, cæteri non sunt domini; duo enim in solidum esse domini non possunt. *L. 5. §. ult. supr. commod.* quanquam hæc ita se habent: tamen non prohibeor eundem fundum a te petere: dum de suo iure Titius egerit: ego agam de meo, quod ab illo non acceperim. Adde his rationem, quæ sequitur in versic. *Cum autem*, tum erit illud intellectum, quod supra definivi. Sed de ea ratione illic videbimus.

7 Sequitur alterum † membrum distinctionis de his, quibus res inter alios iudicata nocet; *scientibus*, inquit, *sententia, quæ inter alios dicta est, obest: cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur.* Loquitur de eo, ad quem actio vel defensio rei suo nomine pertinet, sic, ut iure actionem solus habeat, si velit: ut exempla subiecta probant, de marito, de emptore: nam maritus solus dominus est rei dotalis, emptor rei emptæ traditæ; utrique actio de proprietate, et defensio soli competit. Qui fit igitur, ut dicat, cuius actio primum ei competit? cum si alicui primum competit, necesse sit: eam alii post eum competere. Cur in hac actione *sequentem* actorem dicit, cum et maritus et emptor in ea re sit solus, qui actionem habeat? Quia cuius actio, aut defensio propria est, is quidem iure solus est, ad quem ea actio, aut defensio pertinet. Voluntate autem sua est is, ad quem primum pertinet, si velit: sed ad alium deinde, quem patiatur ea actione aut defensione uti, ut procuratorem in rem suam. Hoc igitur dicit, si quis sit, ad quem res aliqua pertineret, aut cui sit obligata: si is patiatur alium de proprietate eius rei experiri, cum ipse is sit, qui iure suo id possit facere, et alium prohibere, ne experiatur: eo, quem patitur experiri, condemnato, haud dubie ei quoque, qui passus est, sententia nocebit. Sequuntur exempla.

Veluti, si creditor † experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris. Sic [3] habent Pandectæ Florentinæ. In aliis libris veteribus constanter legitur e converso, *Veluti, si creditorem experiri debitor passus sit*, ut scriptura Pand. Florentinarum hanc sententiam inducat, rem adversus debitorem iudicatam de proprietate pignoris creditori scienti nocere: iudicatam adversus creditorem non nocere debitori, qui pignus dedit. Altera scriptura contrariam admittat sententiam. Sed recta est Pand. Florentin. lectio: non solum quia sententiam habet veram: sed etiam quia rei propositæ solam convenientem. Nam illud quidem falsum est, si creditor expertus sit de proprietate pignoris, rem adversus eum iudicatam præiudicium facere debitori. *L. 3. sup. de pig.* Et non aliud convenit definitioni Macri, quam ut proponatur is, ad quem actio de re pignori obligata primum pertineat, quique sequentem possit prohibere, ne de ea re experiatur, si velit. At is est creditor, cui res obligata est, non debitor, qui eam obliga- 8

3) Et confirmat Cuiac. *dict. Cap.* 25. ex Basilicis et Bernardo *Cap. penult. extr. de re iud.* Et quia in *seqq.* qui egit dominus vocatur, qualis non est creditor.

gavit. Nam si creditor rem persequi potest a debitore ipso actione in rem : L. *adversus*, *C. de obl. et act.* quanto magis eam ab alio quovis possessore persequi potest, quamvis invito debitore ? *Aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ.* Non dubium est, quin maritus rei in dotem datæ sit dominus. *L. doce, C. de rei vindic.* et emptor rei ex empto traditæ, cuius dominus venditor fuerit; itaque et utrique actio et defensio de proprietate rei primum competat. Illud mirum est, quod proponit Macer, socerum de proprietate rei dotalis experiri, item venditorem de proprietate rei venditæ et traditæ. Qui enim possunt, nisi sint domini; cum actio in rem soli domino competat. *L. in rem, supr. de rei vind.* Atqui hi rem tradendo una et dominium in accipientem transferunt, et amittunt : denique duorum in solidum dominium esse non potest. *L.* 5. §. *ult. supr. commod.* Et sane ita res habet, ut iam supra ostendi, ut actionem non habeant suo iure : sed ea experiri possunt ex persona domini, eiusque mandatu, ut sint ipsi procuratores in rem suam, itaque actionem exerceant suo nomine, quod ipsis facere consultum est : quia re amissa futurum est, ut de evictione teneantur. Neque vero necesse est, his actionem nominatim cedi. Si sciente domino, et patiente de dominio eius rei agant, ipso domino mandante agere intelliguntur. Et iam in hac re, qui patitur, mandat. Argumento *L. qui patitur, supr. mandati.* Illud quæri non debet, quomodo socer de proprietate rei dotalis, aut venditor de proprietate rei venditæ suscipiant actiones nomine mariti, aut emptoris : cum certum sit, unumquemque posse alium defendere iudicio, eiusque nomine suscipere actiones, dum satisdet iudicatum solvi. §. *ult. Inst. de satisdat.* Quod ait, *sequentem agere patiatur* : et mox ; *si creditor experiri passus sit* : utrobique verbum, Experiri et Agere, commune esse intelligimus, positum non tantum, pro actionem movere, sed etiam pro suscipere, et iudicio defendere. Nam et reus latiore verbi significatione agere dicitur. L. 1. *supr. de ed.* Hoc sentire Macrum, verba actionis et defensionis, quæ ad agentem et experientem refert, declarant. Nam defensio non est, nisi eius, qui convenitur. Sed præcipue id demonstrat ratio quam in versu sequenti reddit. Cum enim de eo solum locutus esset, qui egerat, sive expertus erat, nihil nominatim de defensore : tamen rationem superioris dicti reddidit in eo, qui caussam defendisset, ut appareat eum agentis et experientis verbo illum defensorem complexum esse. Sed suprascriptæ † distinctionis rationem accipe ex 9
vers. Cur autem. *Qui scit*, inquit, *coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus propria actione, vel defensione utatur, non potest.* Innuit coheredem, sive agat, sive conveniatur, de re sua agere et conveniri. Agit et de parte sua cuius actio et defensio ipsius est propria, ut cui debeatur soli, aut qui eam debeat solus. Porro quod cuiusque est, nemo prohibere potest, quominus ea re dominus suo arbitrio utatur. Est enim unusquisque moderator et arbiter rei suæ. *L. in re mandata, C. mand.* Ex quo colligit, quicquid coheres de sua parte egerit, et quamcumque sententiam de eo reportarit, rem adversus eum iudicatam, coheredi eius, qui de alia re agit, aut convenitur, nequaquam præiudicare. Sed an necesse est, quia is qui victus est, egit de re sua, idcirco sententiam adversus eum dictam alii non nocere; præsertim ubi ratio utriusque caussæ est communis? hoc vero necesse esse significat, et recte. Hoc enim vult intelligi, nullum crimen pati eum, qui non prohibet, cum prohibere non possit: quod et regula iuris traditum est. *L. nullum crimen, infr. de reg. iur.* Hæc ratio et ad plures, qui eandem rem vindicant, quorum unus ab alio caussam non habeat, aperte pertinet. Quod tertium erat exemplum, quod Macer in extremo capite posuit.

Ait, *Is vero qui priorem dominum* (idest, eum, qui prius dominus fuit, nunc dominus non est, qualis est socer, aut venditor) *defendere caussam patitur : ideo etc.*) Ratio † 10
est, cur iis, qui domini sunt rei aut quibus actio de proprietate eius rei aut defensio primum competat, noceat sententia : quæ istis scientibus adversus illum de ea re dicta est. Est autem hæc, quod cum istorum actio sit propria, non solum possunt prohibere, quo minus ea actio alii detur: sed etiam quod alii dari, nisi ex eorum persona, et iure non potest. Quo fit, ut si ipsis permittentibus alii sit data; tum vero ipsorum voluntate de eorum iure sub aliena persona iudicatum videatur. Quod perinde haberi debet, quasi adversus ipsos actum et iudicatum esset. Et recte : cum actor movet actionem de proprietate rei a se traditæ, aut suscipit, magis suo nomine agit, quam alieno, propter periculum evictionis. Et ideo ipse condemnatus tenebitur iudicati actione. *L.* 4. *sup.* Aut si minus huc usque licet progredi : at certe negari non potest, quin ipsorum, qui domini nunc sunt, culpa sit, quod alium experiri patiantur, quod factum ipsis facientibus nocere cum per se

æquum

æquum est; tum propter rerum iudicatarum auctoritatem.

Nam etsi libertus) Quia regula generaliter concepta est, ac sine distinctione, res inter alios iudicatas aliis non nocere: ideo difficilius persuaderi potest, aliquando eas nocere aliis, quamvis scientibus. Ne quis igitur in eo hæsitet, præter rationem, quam modo reddidit: id etiam exemplo confirmat quod est huiusmodi. Agit aliquis cum liberto meo: quod dicat eum suum libertum esse, aut servum suum. Qua de re libertus egit iudicio me interveniente, idest, me sciente, et hortante et mandante, ut caussam ageret. Eo iudicio libertus pronunciatur libertus esse aut servus actoris. Placet hanc sententiam mihi quandoque de eo cum victore agente nocituram. In hac specie observandum est ius patronatus, et cætera, quæ sunt huius iuris, ut operas, et obsequium esse patroni propria, ita ut his de rebus actio et defensio soli patrono competat. Atqui libertatis caussa et status principaliter est liberti non patroni. L. *principaliter*, *C. de lib. caus.* sine quo tamen caussa de iure patronatus iudicari non potest. Ut appareat, patronum in libertum multo minus iuris habere, quam dominum in eam rem, cuius est dominus: multoque minus esse, quod obiiciatur patrono, si libertum de statu suo agere permisit, quam domino alicuius rei, si alium de eius rei proprietate agere patiatur. Et tamen sententia adversus libertum dicta de libertate aut statu liberti, patrono, quo interveniente et mandante res acta est, nocet, ut in hac specie receptum est, et fortasse cautum quibusdam constitutionibus. Ex quo id perspicuum est, quid sequatur: nempe hoc efficitur, sententiam de proprietate alicuius rei adversus alium dictam, domino rei, qui plus iuris habuit ad eius rei actionem impediendam, multo magis nocituram. Argumentum igitur est ex comparatione minorum. Sed admonendi sumus, ita demum sententiam, quæ adversus debitorem dicta est, nocere creditori; quæ dicta est adversus socerum, nocere marito: si res bona fide cum debitore, cum socero acta est: et hactenus verum esse, quod hoc loco Macer scribit. Cæterum duobus casibus sententia adversus debitorem lata creditori pignus postea vindicandi non præiudicat. Uno, si probetur debitorem collusisse cum adversario. Altero, si debitor propria aliqua exceptione superatus sit. Idque expressum est in *L. præses*, *C. de pignor.* Quod de debitore dictum, ad alios omnes, qui de re egerant, et victi sunt, transferendum est.

Patribus responsi expositis, nunc rem in pauca conferam. Est autem hæc † summa. 11
Res inter alios iudicatas aliis, quamvis in communi et pari caussa, quamvis scientibus, et intervenientibus, non nocere: præterquam in una hac specie, cum de proprietate et iure rei ad nos pertinentis actum et iudicatum est. In qua quasi sub alterius persona voluntate nostra iudicatum sit de iure nostro, ita nobis res iudicata oberit. Unde intelligitur, eam aliis ignorantibus nunquam nocere: scientibus vero in hac solum specie, quam dixi.

Quo de sententia † huius loci cognito, 12
videamus iam, ne multis in rebus falsa sit hæc sententia, Rem inter alios iudicatam aliis ignorantibus non nocere; aut si nocere quandoque admittimus, dicimusque in Macrum non negare, videamus ne multa exceptioni et distinctioni eius desint: ut qui scientes tantum, et eos quidem in certis tantum, caussis a superiori regula excipiat: ex quibus facile dici non potest, utrum sit vitiosius. Et quidem quinque sunt genera caussarum, in quibus re adversus unum iudicata, constet alii de eadem re experiri non licere: tantum ob id, quod res fuerit cum priore iudicata; nec quicquam referat, quod posterior cum priore de ea agi cognoverit: ex quibus nulla plane ad exceptionem Macri pertinet. Sunt autem hæc genera: ut si populari actione unus egerit, et victus sit, alius de eadem re agens non audiatur. *L. 3. §. si plures, inf. de lib. hom. exhib.* Item ut si quis reum accusavit, et reus ea accusatione sit liberatus, alius non admittatur ad eiusdem crimis accusationem. *L. si cui*, §. 1. *sup. de accus.* Tum si de testamento inter heredem scriptum, et legitimum actum sit, et pronunciatum contra testamentum, ne deinde legata, aut servitutes ex eo testamento petere liceat. *L. Papinianus*, §. *ult. sup. de inoffic. testam.* Præterea, si quis filius alicuius sit pronunciatus, ut adversus alias etiam personas, qui se patrem non dicent: sententia ius faciat. *L. 1. §. ult. et L. seq. sup. de agnosc. lib.* Quod et in sententia pro ingenuitate lata receptum est. L. *ingenuum*, *sup. de stat. hom.* Quorum nihil contineri ulla parte distinctionis Macri manifestum est. Sed quanquam hæc sunt ita, nihil tamen sententiæ Macri adversantur. Nam aut in his res inter alios iudicata, aliis non nocet: aut si quædam sunt, in quibus noceat, reperietur ad propositam Macro quæstionem non pertinere. Et ut de duobus prioribus generibus respondeam, puta populari actione et publica accusatione: res sic habet, ut quamvis popularis actio cuivis de populo proposita sit: tamen uno aliquo agente si reus sit liberatus, ab alio eadem actione non possit

sit conveniri. Sed hoc eo fit, non quia posteriori res prius iudicata noceat: sed quia posteriori nulla sit actio popularis reliqua, qua experiatur. Sic enim est actio popularis, non ut constituta sit singulis e populo, sed ut cuivis e populo: uni tamen, non simul omnibus. Unde pluribus existentibus, qui agant, ex omnibus unus eligitur, aut cuius maxime interest, aut is, qui maxime est idoneus. *d. L.* 3. §. *si plures, inf. de lib. hom. exhib.* Quæ res facit, ut unus eam actionem occupando, eam consumat: ut iam amplius nulli alii actio relinquatur. Si tamen priori iudicio sine prævaricatione actum sit. *d.* L. 3. §. *plures*, dici etiam potest, uno postea iterum agente populari actione; eundem tamen agere qui prius egerat, quisquis enim hac actione experitur, populus est, qui experiri videtur; non privatus. Est enim populi actio non privati, cum ea sit actio, quæ ius suum populo tueatur. *L.* 1. *infr. de popul. act.* Quod si hæc privatorum esset, non populi: quisquis haberet popularem actionem, locupletior esse intelligeretur: unde et moriens eam transferret ad heredes suos: idem acturus in ea, ut in re sua, procuratorem dare posset, hoc enim ius est actionum privatarum. Nihil autem istorum tribuitur ei, qui habet has actiones, ut constat ex *L. antepen. pen. et ult. inf. de pop. act.* Unde intelligitur non esse eas privati litigatoris, sed populi. Ex quo efficitur, ut si sæpius a pluribus de eadem re agatur, unus populus esse intelligatur, qui agat, non alius: proindeque si ei, qui iterum agit, opponatur præscriptio rei iudicatæ, hæc non alii nocere, sed eidem, qui prius victus sit, nempe populo, qui prius per privatum egerat. Quæ omnia in publica accusatione multo citius et verius dixeris. Et ut intelligatur in his actionibus publicis magis populi rationem haberi, quam privati actoris, vel accusatoris, ideo quia res populi agatur: cessante hac ratione constitutum est, si quis in his quod sua interest, aut privatum dolorem persequatur, huic postea agenti, tanquam agenti de re privata, et sua non nocere rei prius iudicatæ exceptionem: dummodo doceat, se ignorasse actionem ab alio institutam. *L. si cui*, §. 1. *inf. de accusat. L.* 3. §. *si plures, de lib. hom. exhib.* Nihil ergo hactenus dicitur, quod non optime cum regula proposita consentiat: quinimo hæc ita confirmatur suprascriptis exemplis actionum, ut appareat eam non minus locum habere in actione publica et populari quam in privata.

De cæteris generibus tribus, quæ supra posui, negari non potest, quin in his res inter quosdam iudicatæ aliis præiudicent, quamvis ignorantibus. Sed videndum est, quid in tota hac disputatione sentiat Macer. Hoc sentit, nunquam rem inter alios iudicatam aliis nocere, aut interdum nocere, cum de eadem re principaliter iterum agitur, de qua prius iudicatum est: veluti cum quis rem debitam persequitur: de eodem debito convenitur: eandem rem petit. Quæ exempla sunt, quibus in hac disputatione tota utitur. Hoc sane sensu sunt quæ ille statuit, verissima et perpetua. Quid est ergo, quod superioribus generibus propositis agitur? Agitur de accessionibus, et consequentiis rei iudicatæ, non de ipsa re, quæ principaliter iudicata est: quod ad hunc locum non pertinet. De hoc genere ita recte 4 statuemus in universum: sententia de re aliqua principali lata inter legitimos contradictores, idest, eos, ad quos ea res pertinet, ius facit inter quascunque alias personas, eisque nocet de accessionibus et consequentiis rei prius iudicatæ inter se quandoque contendentibus. Quam sententiam, ut cætera argumenta, et omnia exempla in eam desinunt, ipsa natura rerum a nobis extorquet. Nam cum principalis res non consistit, ea quæ inde solum pendent, et efficiuntur, stare non possunt. *L. cum principalis, inf. de reg. iur.* huc vero superiora omnia illa genera referuntur. Agitur inter heredem scriptum et legitimum de hereditate, eoque et de testamento, et de heredis institutione. Nam hæc si valet, quæstio tollitur. Pronunciatur, institutionem non valere, itaque hereditatem pertinere ad heredes legitimos. Qua de re hic iudicatum est? de heredis institutione, quæ fundamentum est scilicet et caput testamenti, ex qua testamenta vim accipiunt. §. *ante, Instit. de legat. L.* 3. *vers. Calpurnius, sup. de his, quæ in test. del.* Hac eversa consequens est, ut et testamentum, et cum testamento una et libertates et legata, quæ ex testamento solum valent, evertantur. *d. L. Papinianus,* §. *ult.* quæ res facit, ut legatariis, aut servis, quibus libertas data erat, postea agentibus rei iudicata noceat. Nec ad rem pertinet, quod res inter alios iudicata est. Iudicata est enim inter alios, sed de re ex qua

4) Ita et *Donell. ad L.* 2 *Cod. de fid. instrum. n.* 23. 24. Convenit *supr. Lib.* 22. *Civil. Comment. Cap.* 5. *n.* 24. Pac. 3. *Enant. Q.* 31.

qua legata et libertates pendent : qua eversa et illa sua sponte concidant necesse est, inter quoscunque tandem de re prima et principali statutum fuerit. Quod valet heredis institutio in testamento , et his , quæ inde pendent : hoc valet status personæ in his , quæ is status secum affert. Si quis filius est Lucii Titii , consequens est , ut idem cognatis Titii sit cognatus. Si quis ingenuus est , nulli tanquam patrono debet operas , reverentiam , aut honorem. Si libertus est , ius patronatus hæc omnia contra secum adfert. Si quis est servus , pertinet hoc ad ea , quæ per eum acquiruntur , ut illa statim domino acquirantur. Finge ergo, cum ageretur de patre agnoscendo , cum Lucio Titio, eum, cuius nomine agebatur, pronunciatum esse filium Lucii Titii : hæc sententia ius faciet etiam adversus Lucii Titii cognatos , quandocunque inter eos de eorum cognatione deque iure percipiendarum hereditatum agetur. *d. L. 1. §. ult. cum L. seq. sup. de agnosc. lib.* Quippe hæc , de quibus postea agitur , ex illo priore pendent. Quod recte inter legitimos contradictores semel constitutum , ab iis , qui se cognatos dicunt , infirmari non potest. Idem de ingenuitate , et iis quæ ex ea nascuntur , iudicandum est. Idque esse intelligemus , quod dicitur in *L. ingenuum , sup. de stat. hom.* sententiam pro veritate haberi ; id ex præcedentibus verbis sic accipiemus , cum de ingenuo scilicet sententia lata est , et de his agitur , quæ inde pendent. Arg. *d. L. 1. §. ult. et L. 2. de agn. lib.*

Dixi hæc ita esse , si actum erit de re principali principaliter , et quod idem est ,
13 inter † legitimos contradictores ex *L. 1. supr. de collus. deteg.* Legitimos contradictores vocamus , eos , ad quos res , de qua actum est , principaliter pertinet suo nomine , aut certe pertineret , si hi essent , quales se esse intendunt. Ut in quæstione de testamento iusti contradictores sunt heredes scripti et legitimi , quia ad istos hereditas pertinet : in qua vis est , et fundamentum testamenti. Et ideo si fingas legatarium petiisse legatum ab herede scripto ; et cum heres diceret, legatum non deberi, quia testamentum ruptum, aut iniustum, aut inofficiosum esset , si id ita inter eos pronunciatum sit : tamen ea sententia nequaquam aliis legatariis legatum petentibus , aut heredibus aliis scriptis nocebit. *L. 1. infr. de exec. rei iudic.* Quippe in quæstione de testamento legatarius non est iustus contradictor : idest , non is , ad quem testamentum principaliter pertinet. Et quod idem est, legatarius principaliter agit de legato , ex cuius vi testamentum non pendet. Agit igitur de testamento per consequentiam , et propter legatum , non principaliter. Et ita conciliari debet. *L. 1. de exec. rei iud. cum* L. *Papinianus , §. ult. sup. de inoff. testam.* Dixi rem in suprascriptis caussis iudicatam nocere in his , quæ inde pendent : quia si de eadem re de qua prius iudicatum est , ab alio principaliter agatur , agenti res prius iudicata non nocebit. Non enim hic quicquam affertur , cur discedatur a regula superiore : et præterea id aperte confirmat exemplum Macri , quo utitur in *h. L. in versic. Nam etsi libertus.* Nam si libertus meus pronunciatus sit alterius libertus esse me ignorante , et ego me postea patronum dicam , idest , de eadem re agam cum victore : vult Macer nihil esse impedimento. Ergo idem dicendum est , etsi testamentum pronunciatum sit inofficiosum cum herede scripto , et alius scriptus heres de eadem re agat postea : aut quis pronunciatus sit filius Lucii Titii , et existat alius , qui se istius patrem dicat.

Ad L.

Ad L. Negotiorum. *ult.*

Scævola lib. xxv. *Digestorum.*

Negotiorum gestorum condemnatus appellavit, et diu negotium tractum est; quaesitum est appellatione eius iniusta pronuntiata, an quo tardius iudicatum sit, usurae pecuniae in condemnationem deductae medii temporis debeantur? Respondit secundum ea, quae proponerentur, dandam esse utilem actionem.

SUMMARIA.

1. *An a reo, qui actione negot. gest. in pecuniam ex administratione debitam et in usuras condemnatus appellat, et iniuste ab eo appellatum esse pronuntiatum est, peti possint act. iudicati medii temporis usuræ.*
2. *Dubitandi ratio.*
3. *Definitio propositæ quæstionis.*

UT quæstio plane intelligatur, scire oportet, negotiorum gestorum actionem esse bonæ fidei. §. *actionum autem*, *Instit. de act.* Iam vero in bonæ fidei iudiciis usuræ pecuniæ debitæ ex mora debentur, citra aliam conventionem. *L. mora*, §. *ult. infr. de verb. oblig.* Sic tamen his iudiciis usuræ debentur ante rem iudicatam, ut debeantur officio iudicis; peti autem non possint, si in condemnationem nominatim non
1 sint deductæ. *L. 4. C. depos.* Hinc † ambigendi caussa in hypothesi huiusmodi. Qui negotia mea gesserat, actione negotiorum a me conventus, et condemnatus est: condemnatus autem in pecuniam ex administratione debitam, et eius pecuniæ usuras. Quod posterius de usuris non proponitur quidem hoc loco a Scævola: sed ut factum esse intelligatur, exigit ratio iuris, quo cautum est, ut iam dixi, de usuris, quæ in condemnationem deductæ non sint, amplius agi non posse. Reus condemnatus appellavit, et diu negotium aut tractum, idest protractum est: aut, ut legitur in Pandectis Florentinis, tractatum est, nempe apud iudicem appellationis. Tandem iudex appellationis sententiam dixit, pronunciavitque recte prius iudicatum esse, iniustam autem esse appellationem, ut est forma sententiæ ex appellatione: L. *reus*, *C. de appell.* de usuris autem intermedii temporis, quod priorem sententiam secutum est, nihil aperte dixit. De his usuris quæritur, an iudicati actio-
2 ne peti possint? Si sententia † iudicis non continentur, iam dictum est, peti non posse. Est igitur in eo quæstio, an et de his iudex appellationis superiore sententia iudicasse videatur: ut sit non de iure, quod certum est, sed de interpretatione sententiæ iudicis quæstio. Scævola ait; *Respondi*
† *secundum ea quæ proponerentur*, *dandam esse utilem actionem.* Quo responso significat, iudicem appellationis etiam de usuris intermedii temporis iudicasse. Quæ res facit, ut et peti possint: ut tamen videatur iudicasse, non verbis effici, sed mente, et sententia. Unde vult non directam iudicati actionem esse, sed utilem. Non est iudicati directa actio, quia deficiunt verba Edicti: quod dat actionem in pecuniam sententia comprehensam, ut dixi ad *L. miles*, §. 1. *supr. eod.* Sed est utilis: quoniam de usuris quoque his sensisse iudex intelligitur. Id autem ita fit. Qui dicit priorem iudicem recte iudicasse, vi ipsa hoc dicit, pecuniam omnem, quæ eius iudicis condemnatione comprehensa est, deberi, et eius pecuniæ usuras: de usuris sequentis temporis nihil cavet. Sed intelligi debet, iudicem appellationis, qui ita pronunciavit, quod æquum in persona prioris iudicis pro tempore priore iudicavit: id ipsum in eadem caussa pro eo tempore, quo res apud eum acta est, æquum statuisse. Sed ex mente, inquam, et voluntate eius hoc intelligitur, non ex verbis sententiæ. Hoc idem et de sententia huius responsi Francisco Duareno placebat. 3

HUGO-

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENT.

AD TIT. D. DE CONFESSIS.

SUMMARIA.

1. *Confessi in iure pro iudicatis habentur.* et seqq.
2. *Confiteri quid sit.*
3. *Confessus quis habeatur*, et seqq.
4. *Aliena confessio non nocet, nisi demandata nominatim, aut pro rata habita.*
5. *Tutores Curatores procuratores nisi mandatum habeant in eam rem, confessione domino non nocere, sed ipsos teneri.*
6. *Qua de re quis confessus est, de ea habetur pro iudicato; sive de tota, sive de parte litis, sive de iis quæ litem consequuntur, fuerit confessus.*
7. *In iure confiteri quam habeat significationem.*
8. *Qui scripto confessus est aliquid se debere, sed indiscrete, et caussa non addita nihil agit.*
9. *Qui in scripto caussam expressit idoneam, etsi stare debeat asseverationi, potest instrumentis nihilominus confessionem suam infirmare.*
10. *Nisi quinque testibus adhibitis ac rogatis interroganti confessus fuerit se debere.*
11. *Quare ille habetur pro iudicato dumtaxat, qui in iure confessus est, non ille qui extra.*
12. *Confessum esse pro iudicato, non hunc esse iudicatum; et hoc quale sit.*
13. *Quibus in rebus confesso cum iudicato conveniat* et n. 18. et seqq.
14. *In quibus hic cum altero re discrepet* et seqq.
15. *Confessus conveniri non potest, nec ad solvendum compelli, nisi damnatus.*
16. *Eoque nihil interesse sive ante litis contestationem sive postea se debere fateatur.*
19. *Regula*, confessi habeatur pro iudicatis *generalis est, nec ullas admittit exceptiones;*
20. *Hoc quale sit, comparatione habita confessi cum iudicato singillatim et plenius explicatur.*

1 QUO iure † iudicati habentur, eodem iure sunt et confessi qui in re pecuniaria confessi sunt, ex Lege duodecim Tabularum. Quo de utroque genere ita cautum est, ÆRIS CONFESSI, REBUSQUE RITE IUDICATIS TRIGINTA DIES IUSTI SUNTO. Sic enim refertur fragmentum legis a Gellio. *Lib.* XX. *Cap.* 1. Sed ius de confessis apertius postea expressum est quadam oratione Marci Antonini Imperatoris in hæc verba, *Placere confessos in iure pro iudicatis haberi.* Sic enim proditum est in *L. post rem, supr. de re iudic. L. un. C. eod.* Inde regula in hac re pro lege et iure certo usurpata. Additum est, *in iure*. Itaque quot sunt loci sub hoc titulo, in quibus traditur, confessum pro iudicato esse. ut *L.* 1. *L.* 3. *L.* 6. §. 1. *et alibi*: in his omnibus hæc verba intelligenda sunt, *in iure*, ex supradicta oratione. De huius legis interpretatione, et sententia quæritur: in primisque an sit hoc ius perpetuum. Nos legis verba expendamus.

Ait lex, *Confessos.* Confiteri, † et quod 2
idem valet, fateri, auctore Varrone *Lib.* 5. *de lingua latina*, est fateri id, quod a nobis quæsitum est: id autem est, quod nobis obiicitur, quod intenditur ab aliquo, id lingua verum esse agnoscere. Ergo hoc qui agnoscit in iure, pro iudicato est. Potest autem quivis agnoscere, et dicere, verum esse, quod intenditur, etiam qui id falsum esse sciat: multoque citius is, qui putat rem ita se habere, ut dicit, quæ secus habeat: idest, qui in ea erret. Quare et illud verum est, fateri eum, qui quid agnoscit, etiamsi in facto erret. Est enim fateri nudæ testificationis, et asseverationis, non voluntatis, et consensus. Alioqui nec qui iure errat, fatebitur: quoniam nullo modo consentit, qui errat, et imperitia fallitur. *L.* 2. *sup. de iudic. L. si per errorem, sup. de iurisdict.* quem tamen fateri Ulpianus admittit in *L.* 2. *hoc tit.* Quod igitur ibidem ait, *Non fatetur, qui errat in facto*,

cto, sic intelligemus: vi ipsa et effectu non fatetur. Non enim habetur pro iudicato. Non est autem, ut pro confitente haberi debeat ex sententia legis, qui pro iudicato non habetur. Sed de definitione Ulpiani, et quæ sit ea sententia, dicam postea suo loco. Nunc
3 de verbo fatendi quæritur. Confessum † accipimus, sive per se confessus sit, sive per
4 alium. Et per † alium sine controversia confessus videbitur, qui ei mandavit nominatim, ut confiteretur: aut quod ille confessus est, ratum habuit, quoniam ratihabitio mandato comparatur. *L.* 1. §. *deiecisse*, *inf. unde vi.* Quid si de ea re nihil nominatim mandatum sit? Quantumvis generaliter rerum omnium administratio alicui mandata sit, nihil eo mandato de confessione contineri intelligitur. Administratio enim solum mandata est, cum qua pugnat, perdere. Porro confiteri est caussa cadere, eamque tradere adversario, idest, donare. Donare autem perdere est. *L. filius-*
5 *familiæ*, *sup. de donation.* Hoc illud † est, quod Ulpianus scribit in *L.* 6. §. *sed cum ipsos*, *h. tit.* ut confessi videamur, et habeamur pro iudicatis, non sufficere procuratores nostros, tutores, curatores fateri: nam neque procuratori omnium bonorum, qui absolute dicitur procurator noster, neque tutori, aut curatori hoc mandatur, ut fateatur nos debere: sed ut rem nostram administrent, non ut perdant. *L.* 1. *sup. de off. proc. Cæs.* Cæterum ipsi procuratores, tutores, curatores, qui de domino confessi sunt, suo nomine tenentur. *L. proinde*, §. 1. *sup. ad L. Aquil L. si sine*, §. *Celsus*, *sup. de interrog.* Nam et iudicati, si se liti obtulissent, ex iudicato te-
6 nerentur. *L.* 4. *sup. de re iudic.* Est autem † observandum non adiecisse legem, qua de re quis confessus sit, et quatenus. Unde licet colligere, quod Ulpianus scripsit in *L.* 6. §. *sed etsi fundum*, *h. tit.* voluntatem esse hanc orationis, ut omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habeatur, idest, non tantum quod de re et lite tota quis confessus est, sed etiam quod de quavis parte litis. Unde ibidem colligit Ulpianus, si ex eo, de quo reus confessus est, alia necessario consequantur: iudicem debere de his reum quoque condemnare: quamvis de his reus nihil aperte sit confessus. Nam et hoc adversus iudicatum servaretur. Et ad id demonstrandum utitur exemplo actionis in rem, in qua si iudex pronunciet, fundum tuum esse: consequens est, ut iubeat possessorem fundum tibi restituere; et nisi restituat, damnet ita, ut describitur in *L. qui restituere*, *sup. de re vind.* Ergo, inquit, iudici idem faciendum erit, si possessor fundum tuum esse confessus fuerit: nihil autem aut de restitutione, aut de summa litis adiecerit.

In iure. † Valet, apud magistratum, iu- 7
dicemve, apud quem de re agatur, in eo loco, ubi iuris dicendi caussa aut iudicandi consistat. *L. voluit*, *sup. de interr. in iur. fac.* Id enim ius inter alia significat. *L. penul. sup. de iust. et iur.* et intelligi hic iudicem nimirum competentem, ut expressum est in *C.* 4. *extr. de iudic.* his verbis intelligi debet, Si quis non apud talem iudicem et in eo loco, ubi iudicandi caussa consistat; aut non apud magistratum in iure fateatur se debere: ubicunque tandem id faciat, quantumvis solemniter et testato, tamen hunc pro iudicato non habendum: idest, non esse in ea caussa, ut aut confessio ei noceat, aut certe sine exceptione ei stare debeat. Si quis † 8
scripto confessus sit debere, placet nihil agere confessione. *L. cum de indebito*, *in fin. sup. de probat.* Si caussam † adiecit, consti- 9
tutum est in *L. generaliter*, *C. de probat.* hunc quidem in re dubia stare debere asseverationi suæ: sed nominatim additur, licere ei confessionem suam ita infirmare, si aliis instrumentis doceat, rem non ita gestam esse, ut scriptum est. Et quod de eo dicitur, qui scripsit, idem de eo probandum est, qui testibus convincitur confessus esse: quoniam constitutum est, in exercendis litibus eandem vim obtinere instrumenta et testes. *L. in exercendis*, *C. de testib.* Nisi † quinque testibus 10
adhibitis ac rogatis interroganti alicui confessus fuerit se debere. ex *Novel.* 90. Ita efficitur, hunc, qui alibi quam in iure confessus est pro iudicato non haberi: cum si haberetur, non liceret ei ullo modo confessionem suam infirmare, uti nec iudicato licet rem iudicatam. *L. post rem*, *sup. de re iudic.* Hoc loco non † inutiliter quæretur, cur potius ha- 11
beatur pro iudicato, qui in iure confessus est, quam qui extra ius. Uterque pariter de se confitetur: cur non ergo in pari caussa idem ius statuimus? Hoc quidem inter utrumque interest, quod alter coram magistratu aut iudice id facit, alter seorsim a magistratu. Sed qui tandem ad rem facit præsentia magistratus? Ulpianus in *L. de ætate*, §. 1. *sup. de interr. in iur. fac.* confessum in iure teneri ait: *quia fides*, inquit, *ei contra se habebitur.* Qui minus etiam ei, qui de se palam et aperte extra ius confessus est, fides isto modo contra se habebitur? an quicquam locus ad fidem et auctoritatem confessionis pertinet? Plurimum vero pertinet. Et hoc est, quod inter utrumque interest: unde et ius natum est. Non enim si quis confitetur se debere, ideo continuo existimandus

est

est verum et serio dicere: cum multa suadeant hominibus de suis facultatibus aut rebus aliter loqui, et prædicare, ac sese habeant: alias ut res et facultates suas extenuando, celandoque vitent invidiam, quæ divitias sequitur: nonnunquam ut petentibus mutuum, et operam eorum implorantibus facilius et excusatius possint denegare, interdum ut importunos et molestos petitores hac confessione placatos dimittant, seque ab ipsis in præsentia liberent, ne pergant molesti esse: postremo etiam, ut his ipsis, quibus confitentur se debere, gratificentur, dum id agunt, ut existimentur locupletiores esse, quam sint. Quæ cum ita sint, nisi aliqua caussa extrinsecus moveat, ut credamus eum, qui confitetur, serio fateri, non necesse est, ut dixi existimari, rem ita se habere, ut confitetur. At hæc caussa, in eo, qui extra ius confitetur, nulla est: ubi neque locus, neque auctoritas cuiusquam eiusmodi est, quæ cogat confitentem serio agere, nec patiatur eum simulare aut dissimulare impune. Quod in eo, qui in iure confitetur, secus est. Nam quoniam is in eo loco est, in quem huius ipsius rei caussa vocatus erat, ut de eo, quod fassus est, cum ipso ageretur, et ageret: præterea etiam ius et iudicii fides, ac magistratus auctoritas id exigit, ne quid temere et frustrandi caussa faciat, aut mentiatur: haud dubie si quid de se confessus erit, non potest, quin existimetur serio de ea re confessus esse; sicuti agebatur, et res ac locus et magistratus auctoritas postulabat. Quod ut non fecerit: tamen vel hoc nomine putandus est fecisse, ne impune magistratui illuserit. Arg. *L. si quis. ex aliena, sup. de iud.*

Ait, *Pro iudicatis habentur*. Hic vero diligenter videndum est, quid sit haberi pro indicato. Hoc enim intellecto: simul an hoc ius sit perpetuum, an vero huic definitioni aliquid adiiciendum sit, quod interpretes fe-
12 cerunt, intelligetur. Et primum † illud animadvertatur, hoc dici, confessum pro iudicato esse, non autem esse iudicatum. Hoc eam vim habet, ut intelligamus confessos et iudicatos re ipsa et genere dissimiles, effectum tantum et potestate eodem loco et conditione haberi. Itaque non erit mirum, si inter iudicatos et confessos aliquid interesse, et aliter cum iudicatis, aliter cum confessis quibusdam in rebus agi legimus: tantumque aberit, ut inde quicquam fieri contra superiorem regulam existimari debeat, nisi aliquid addiderimus, ut vel hæc ipsa verba eam differentiam suadeant. Ergo inter iudicatum et confessum interest, quod iudicatus iudicati actione convenitur, nec qui semel iudicatus, id-

est, condemnatus est, amplius condemnari debet, ut teneatur iudicati. In confesso utrumque contra: nam neque is iudicati tenetur, et confessum placet a iudice condemnandum esse, ut conveniri possit. Et confessum pro iudicato † habere, id significat, ita te- 13
neri in eo, quod confessus est, ut teneretur, si eo nomine iudicatus esset. Quod duo continet: nempe ut neque teneatur mitius, neque rursum durius: idest, sint ambo ita pari conditione ad obligationem, ut neque in eo, in quo iudicatus tenetur, confessus sit dispari aut meliore conditione: neque in eo, in quo ille non tenetur, confessus sit in deteriore caussa. Ergo quæcunque sunt adversus iudicatum, eadem valent adversus confessum omnia. Id an verum sit, videamus. Et quidem iudicati hæc obligatio est. Qui iudicatus est, solvere pecuniam debet, nec auditur, si postea dicat, se non debuisse, deque ea re quæri postulet. Vis est hæc rei iudicatæ, ut ei sine exceptione standum sit; idem a confesso ita exigitur, ut nihil ad rem pertineat, utrum vere fassus sit se debere, an falso. *L. post rem, supr. de re iudic.* Utque est eadem necessitas solvendi imposita utrique: sic eadem ab utroque exigendæ pecuniæ ratio. Adversus iudicatum ni solvat, actio est, ut pignora capiantur, et distrahantur, unde victori satisfiat; adversus confessum eadem via executionis. *L. ult. C. exsec. rei iudic.* Sed duo † convenire non videntur. 14
Nam adversus iudicatum iudicati actio est. In confessum non potest esse iudicati, si confessus iudicatus non est, ut non est. Sed aut est æris confessi actio, aut, ut ex iureiurando, actio in factum ad similitudinem iudicati actionis: quia iusiurandum vim habeat iudicati. *L. actore, C. de iureiur. L. quia iurasse, in fin. supr. eod. tit.* Sic eadem ex confessione. Unde dicitur in *L.* 6. *in fin. hic.* confesso tempus ad solvendum dari non ex caussa iudicati, sed quasi ex caussa indicati. Illud etiam dissimile: quod semel iudicatus satis iudicatus est, neque iterum damnari debet. Confessus † autem etiam post confessio- 15
nem damnandus est. *L.* 3. *L.* 5. *hic.* Nec recipio quorundam distinctionem, ut si reus post litis contestationem confiteatur se debere, condemnandus sit a iudice: quia traditum sit, iudicem de qua re cognoverit, et de ea iudicare cogendum. *L. de qua, supr. de iudic.* facit *L. ult.* §. *item, C. de iur. propt. cal. dan.* Sin ante litis contestationem in iure forte apud magistratum, non sit damnandus: quia sine litis contestatione nullum sit iudicium, ac proinde nulla sententia. Cum in L. 3. scribitur, confessum certum se debere, omnimodo damnandum: de confesso in iure

iure intelligitur: nec distinguitur, utrum ante litem contestatam id factum sit, an postea. Sed aperte † refellitur hæc distinctio in
16 L. 5. Nam cum illic dicitur, confessum condemnandum esse, *sive mortuus iam Stichus erat*, *sive post litis contestationem decesserit*: hæc verba, *sive mortuus iam Stichus erat*, necessario ita intelligenda sunt, si mortuus erat, cum reus confiteretur aut ante litem contestatam, aut tempore litis contestandæ. At utrumque tempus est, ante litis contestationem. Nam qui tempore litis contestandæ fatetur se debere, non contestatur litem, sed dirimit. Scio rem non carere iusta dubitatione. Nam traditum est in *L. proinde*, §. *ult. supr. ad L. Aquil.* nullas esse partes iudicantis in confitentes. Et constat, quæ in confitentem constituantur, aut pro confitente, non ex caussa iudicati statui, sed quasi ex caussa iudicati. *L.* 6. *in fin. hic.* quod declarat, confitentes non iudicari. Sed hæc me non movent, his enim testimoniis efficitur, confessos non iudicari, quod et verum est. Sed non ideo consequens est, confessos damnari non debere. Aliud est enim iudicare, aliud damnare. Is iudicat, qui prius caussam cognoscit diligenter, ac deinde cognita, condemnat, aut absolvit. *L. iudices*, *C. de iudic. L. ex stipulatione*, *C. de sent.* Hæ partes iudicantis in confitentem nullæ sunt, quia adversus hunc nulla est caussæ cognitione opus, ut deinde de re iudicetur: sed ut loquitur Papinianus in *L. tale*, §. 1. *supr. de pact.* nullo alio de caussa principali discusso, confessionem pro iusta cognitione sequitur. Quamobrem adversus confessum vere dictum est, non esse iudicati actionem. Is autem damnat, qui iubet solvere, quod sine alia cognitione fieri potest: ut adversus confitentem, de quo agimus. At enim sine litis contestatione nullum iudicium est. Fateor: quia nullum iudicium sine caussæ cognitione, iudicium enim, et iudicare coniugata sunt: sed non ideo iudicium est, quia iudex confessum damnat. At nulla esse potest condemnatio sine iudice. Hoc vero falsum est, ut vel ex hac specie probatur. Quid enim prohibet, quo minus magistratus nullo iudicio constituto cum reum confitentem audit, ita dicat: Ergo illud solve, sintque tibi ad solvendum tot iusti dies?

17 Ergo in his † saltem duobus non eadem servari adversus confessos, quæ sunt adversus iudicatos, apparet. Num igitur hæc videntur verbis orationis convenire, quibus sine exceptione cavetur, confessos haberi pro iudicatis? Optime vero utrumque convenit, atque adeo ex verbis est. Nam ut de actione iudicati prius respondeam, cum Oratio ait, confessos haberi pro iudicatis, plane ostendit, confessum non esse iudicatum: etsi effectu ita tenetur, ut iudicatus. Alioqui ita dixisset, etiam confessus iudicatus est. Et donatio caussa mortis dicitur per omnia esse instar legatorum; at revera non est legatum. Etiam iusiurandum pro iudicio est. *L. tutor*, *L.* 1. *qui iurasse*, *in fin. supr. de iureiur.* nempe effectu: reapse iudicium non est: alioqui non diceretur esse pro iudicio, sed esse iudicium. Oratio igitur confessionem et rem iudicatam res diversas esse vult, et singularum rerum nomina distincta retineri: etsi ad vim et auctoritatem rei gestæ vult ista esse eadem. Vult ergo ex re iudicata, actionem esse iudicati; ex confessione autem, confessi, aut in factum: certe iudicati esse prohibet, quoniam actionum nomina sequuntur appellationes eorum negotiorum, unde nascuntur. Si negotia certis nominibus appellantur: etiam actiones inde proditæ, certæ sunt: Sin negotiorium nullum est certum nomen: actiones sunt incertæ, id est, præscriptis in factum verbis. *L.* 1. *et* 3. *supr. de præscr. verb.* Quod autem attinet ad damnationem confessi, quam magistratui aut iudici, apud quem confessio facta est, iniungimus: hanc etiam verba orationis exigunt. Nam cum voluit confessum pro iudicato esse: voluit etiam eum pro tali haberi magistratui: apud quem confessus est; et prius magistratui, quam cæteris privatis; qui adversus alium vi statuere nihil possunt, nisi auctoritate magistratus. Sic autem fit, ut magistratus confessum pro iudicato habeat, si illum eo loco habere se testetur: quod fit damnando, ut præstet id, de quo confitetur. In eo, qui iudicatur, non est nova condemnatione opus: quia is satis pro iudicato habetur a magistratu, cum ab eo iudicatur. Ergo hic quoque confessus a iudicato non discrepat. Non enim exigimus ut alteruter bis condemnetur a magistratu: sed ut semel duntaxat.

Hæc de his, quæ sunt adversus iudicatum, dicta sunt. De his, quæ † statuuntur pro iu- 18
dicato, videamus. Et in his ipsis iudicatum eodem iure, eadem conditione esse dicimus. Quod sic intelligi debet, non solum, ut cum iudicatum valet, eadem debeant tribui confesso in executionis actione, quæ tribuuntur iudicato: quod genus est ut confessus eadem tempora habeat ad solutionem. *L.* 6. *in fi. sup. eod.* sed etiam hoc modo, ut quibuscunque de caussis condemnatio iudicatum non tenet: iisdem de caussis nec confessio noceat: ut sit per omnia confessus pro eo, ac si iudicatus esset; nec plus valeat imago condemnationis, quam viva condemnatio. In hac † 19
de-

definitione sunt omnia, propter quæ et hoc titulo et alibi traditur, confessum non teneri. Quæ si quis pro exceptionibus superioris orationis accipit, ideoque plenius et pluribus verbis de confessis cavendum putat, quam superiore regula factum est, ne quid scilicet ei desit, nec quidquam ei repugnet (quod ab interpretibus factum est, extatque eorum interpretatio in glossa *L. unica de confess.*) is quid contineatur his verbis, *pro iudicato haberi*, non satis intelligit. Sic enim reperietur, omnia, propter quæ confessum non teneri dicimus, esse eius generis, quæ si in sententia interveniant, iudicatus non teneatur. Quo fit, ut si confessus non ultra teneri debeat, quam pro iudicato, ob supra scriptas caussas vel ex verbis superioris regulæ teneri non debeat: quæ nihil amplius statuit in confessum, quam ut pro iudicato habeatur. Ut ergo intelligere liceat hæc ita se habere, age
20 † proponamus breviter ea, propter quæ iudicatus non teneatur: quæ quidem sunt eiusmodi, ut etiam confesso possint convenire. Ea sunt aut in sententia ipsa, aut in persona iudicati, aut in persona adversarii. Sententia ipsa per se non valet, quæ aut sine certa re, et quantitate est. §. *iurare*, *instit. de offic. iudic. et* Tit. *C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* aut id imperat, et continet, quod natura præstari, fieri non potest. *L. pen. inf. quæ sent. sin. appell. rescind.* Persona iudicati facit quominus teneatur, si minor est et indefensus, qui tutorem aut curatorem non habeat. *L. acta*, §. *ult. L. contra*, *sup. de re iudic.* In persona adversarii est, ut sit præsens, cum iudicatur. Alioqui nec sententia præsentem tenet. *L. de unoquoque*, *sup. d. tit.* Conferamus iam cum his cenfessionem, personam confessi; itemque adversarii. Iam plane intelligemus ob easdem illas caussas nec confessionem tenere confessum: neque id alia ex re fieri, quam quod ex superiore oratione confessus pro iudicato esse debeat: idest, non deteriore conditione quam is qui iisdem vitiis intervenientibus iudicatus esset. Ergo ex certitudine et incertitudine confessionis, idem de confessione traditur, quod de sententia, in *L. certum*, 6. h. tit. *Certum*, inquit Ulpianus, *confessus pro iudicato erit*; *incertum*, *non erit*, idest, incertum confessus non erit pro iudicato. Veluti si quis conventus de Sticho, confiteatur, se debere alterum tantum, aut Stichum aut Pamphilum: sed utrum, nescire. Aut si appellatus de re et quantitate certa, fateatur se rem debere: rem inquam; indefinite, non addita demonstratione speciei certæ: quæ exempla sunt quibus utitur Ulpianus in *d. L.* [illegible] *r.* 1. Addit tamen Ulpianus ibidem, ne incerta confessio sit inutilis, urgeri debere eum, ut certum dicat: nempe an debeat, quod petitur, an non. Quid tamen si nolit reus fateri certum? puto, hæc erit pœna, quæ est constituta edicto de interrogationibus, ut pro confesso habeatur, ac proinde pro iudicato. *L. de ætate*, §. *nihil interest*, *sup. de interr. in iur. fac.* Accipe iam de his, quæ confessione continentur. Nihil agit præceptum iudicis, quod impossibile est, quodque est contra leges: ne confessio quidem. Ex hac ratione sunt illæ veterum sententiæ de confessione: falsas confessiones naturalibus convenire debere. *L. confessionibus*, §. 1. *sup. de interr. in iur. fac.* Et, in totum confessiones ita ratas esse, si id quod in confessione venit: et ius et natura recipere potest. *L. si is cuius*, *sup. eod. tit.* Ad quod demonstrandum in utramque partem hæc exempla, quæ hoc titulo leguntur et alibi referri oportet. Confessus quis est se Stichum debere, qui iam tum in rerum natura non erat: natura is Stichus deberi non potest: unde dubitatur, an ea confessio quicquam egisset: Sed iure deberi potest etiam qui non est: quid enim si post moram perierit. *L. nemo*, §. *ult. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* Unde placuit, confessum esse damnandum: quia confessio Iuri congruit. *L.* 3. *L.* 5. *h. tit.* At finge, nec iuri, nec naturæ congruere: ea confessio non tenebit. Ut puta confessus quis est, aliquem filium suum esse, sed eum, qui confitente maior erat natu, quoniam non patitur natura hunc filium esse, confessio nihil nocebit. *d. L. confessionibus*, §. 1. Cuius generis et hoc est. Nam si cum actor contenderet, servum suum occisum esse, et diceret a me occisum, ego sim confessus me occidisse: si servus vivit, ego confessione non teneor. *L.* 4. *hic. L. unde Neratius*, §. *ult. sup. ad L. Aquil.* Etsi enim natura servum tuum occidere possum: tamen, si de hoc quæritur, non an occisus sit, sed an sit occisus a me: natura non patitur, ut, qui occisus non est, sit a me aut ab alio quoque occisus. Eadem ex persona confessi ratio. Contra minores indefensos tantum, aut curatorem non habentes sententia lata nullius momenti est. Nec isti si quid sine tutoris aut curatoris auctoritate confessi sint, ex confesso tenebuntur. Hoc enim est, quod ait Ulpianus in *L.* 6. §. *in pupillo h. tit.* In pupillo tutoris exigi auctoritatem ad confitendum: de adolescente nihil addit. Sed cum constet, adolescenti ad litem curatore opus esse. Tit. *de curat. in Instit.* consequens est, quicquid in lite et præsertim in iure egerit citra cura-

toris auctoritatem, nullius momenti esse. Addo, quod si confessio per omnia recte comparatur rei iudicatæ, non debeat confessio ibi nocere, ubi res iudicata non noceat. Non obstat, quod addit Ulpianus, *minorem a confessione sua restituemus*. Hoc enim de omni minore dictum est: sed hoc sensu, ut minor quamvis ex confesso iure civili cœperit teneri ideo, quia auctore tutore aut curatore confessus erit; nihilominus tamen a confessione sua restituatur. Quod ius in omnibus negotiis, quæ tutore auctore, aut curatore gesta sunt, perpetuum est. Tit. *C. si tut. vel cur. inter.* Restat id vitium, quod rei iudicatæ adfert absentia adversarii. Id pertinet etiam ad confessos. *Si quis*, inquit Ulpianus, *absente adversario confessus sit*, *videndum*, *nunquid non debeat pro iudicato haberi*, quod significat, revera non haberi. Unde id confirmans, rationem, cur non debeat haberi, reddit: eam autem mutuatur a iudicato: quia, inquit, *nec soleat quis absens condemnari*. *L.* 6. §. *si quis absente*, *h. tit.* Ergo in his confessus non tenetur. Sed, ut dixi, inepte facimus, si ne ista pugnent cum generali definitione, confessus pro iudicato est, huic definitioni ea addenda putamus, quæ illam ab his obiectionibus tueantur. Omnia enim verbis regulæ continentur; si modo satis intelligimus, quid sit haberi pro iudicato, ut ostendi. Ergo ius hoc perpetuum est, recteque ita definitur, ut nihil adiicias amplius, *confessi in iure pro iudicatis habentur*. Nam illæ quidem exceptiones, quæ verbis superioribus non excluduntur, quas tamen adiiciunt interpretes. in *L. unica*, *C. de confess.* penitus importunæ sunt: non solum, quia generali definitioni adversantur: sed etiam, quia sententiam falsam continent. Confessum nimirum pro iudicato in his caussis non haberi; si minor sit: item, si in fraudem creditorum sit confessus: item, si homo liber se servum esse confessus fuerit. Nam minor quidem dicitur a confessione sua restitui, in *L.* 6. §. *minorem*, *h. tit.* sed hoc ipsum argumento est, minorem, qui confessus sit, pro iudicato teneri: alioqui restitutione in integrum ei non esset opus. *L. in caussæ*, 2. *sup. de minor.* Si quis etiam in fraudem creditorum confessus sit debere, atque ita se obligarit, potest id factum a creditoribus revocari. *L.* 3. *inf. quæ in fraud. credit.* Sed vel hoc ipso rursum convincitur, obligationem confessione fuisse contractam alioqui a creditoribus non revocaretur rescissoria actione Arg. §. *item si quis*, *Instit. de action.* Ad postremum, nemo, qui liber est, confessione sua servus efficitur: ut est recte constitutum. *L. parentes*, *L. liberos*, *C. de liber. caus.* Verum tamen, si quis in iure confessus sit, se eius servum esse, etsi servus non sit: tamen confessio ei nocet inter easdem personas, inter alias non nocet. Itaque verum est, eum pro servo non haberi. Arg. *L. nam postea*, §. *ult. et L. seq. sup. de iureiur.*

Ad L.

Ad L. Non fatetur. 2.

Ulpianus Lib. LVIII. ad Edictum.

Non fatetur, qui errat, nisi ius ignoravit.

SUMMARIA.

1. *Qui falsum confessus in facto erravit, pro confesso non habetur, nec adeo pro iudicato, et quare*, n. 4.
Secus si in iure erraverit, aut etiam sciens falso se debere dixerit. ibid. *et* n. 6.
2. *Exempla utriusque partis.*
3. *Contraria diluuntur et* n. 6. *et* 7.
5. *Propositæ h. tit. generalis definitionis L. hanc interpretationem esse verius, quam exceptionem.*

1 EX omnibus † tamen confessis, qui falsum confessi sint, unus excipitur: is scilicet, qui in facto erravit. De quo ita scribit Ulpianus in *h. L.* 2. *Non fatetur, qui errat, nisi ius ignoravit.* Qui ex errantibus, quos non fateri dixerat, solum excipit eos, qui ius ignorantes in eo errant: hinc relinqui intelligitur alterum genus errantum, quos dicat non fateri, nempe eorum, qui in facto errent. Duo enim tantum sunt errorum genera, facti, et iuris. Tit. *de iur. et fact. ign. D. et C.* Ut hoc dicere iam intelligatur, solum eum qui in facto errat, et hoc errore, quod non debet, se debere agnoscit, non fateri. Quod sic interpretandum est, non verbis (nam et hic hoc ipso, quod dicit se debere, verbis fatetur) sed, si rem spectes, non fateri: quia non fatetur utiliter: non enim tanquam vere confessus ex suprascripta regula pro iudicato est, ut initio dixi. Id quod perinde habendum est, quasi fassus non esset.
2 Ne res exemplis egeat, † utriusque partis proponam exemplum. Testamento fideicommissum relictum est: sed postea ademptum codicillis, qui codicilli ignorantur. Heres appellatus de fideicommisso, in iure prolatis tabulis testamenti agnovit, se fideicommissum debere. Repertis postea codicillis, dicimus eum nihilominus iudicati actionem recusaturum, aut repetiturum, si quid eo nomine iam solverit: quippe in facto erravit. Ignoravit enim quid postea a testatore de fideicommisso cautum esset. Non idem dicendum est si heres etiam codicillos esse non ignoravit, quibus id fideicommissum adimebatur. Nam si cognitis codicillis putat etiamnum fideicommissum deberi, quia non existimat fideicommissum adimi posse codicillis, aut quia putat nullos esse codicillos, nisi adhibitis quinque testibus, quia id ius Romanum exigit, ignorans iure municipii, in quo versatur duos aut tres testes sufficere: quorum utrumque secus, ac ius est, putat: quod fit errore, et ignorantia iuris. Cui sententiæ † non adversatur, quod in *L. error*, *C. de iur. et fac. ignor.* dicitur, facti errorem, qui 3
alias non solet nocere, tamen nocere, caussa decisa. Etsi enim caussa alias, ut sententia iudicis, sic confessione deciditur, cum post utrumque nihil amplius quæratur: *L. post rem, sup. de re iudic.* tamen hic non deciditur, ubi confessus in facto erravit; si verum est, eum, qui ita errat, pro confesso non haberi, quod hic pro certo statuitur: nec usquam diserte negatur. Sed cum ius scriptum sit generaliter, confessos in iure pro iudicatis haberi, constetque id ita esse accipiendum, sive quis vere confessus sit se debere, sive falso. Hoc amplius, cum non dubitetur, quin iudicatus teneatur, qni non debuerit, quamvis putaverit se debere: et confessus per omnia iudicato comparetur: qui fit, et unde hoc sumptum a veteribus ut non habeatur pro iudicato, qui in facto erravit? Sumptum † hoc est ex ratione et sententia eius iuris. 4
Ratio autem esse existimata est, quod qui confitetur, quodammodo voluntate et sententia sua damnetur. L. 1. *h. tit.* quæ ratio non potest congruere in eos, qui iusto errore ducto fatentur aliquid esse, quod non est. Nam si error non habet consensum: profecto isti nec hoc sentiunt, quod dicunt, nec volunt ita esse, ut affirmant, aut se eo dicto teneri, nedum damnari. Ut verbis legis hi quidem teneantur: sententia non teneantur. *Itaque*, si † verum amamus, ne hic quidem 5
eius iuris exceptionem esse proprie quis dixerit: si quidem id ex lege quaque habendum est, non tantum quod est ex verbis; sed etiam quod est ex sententia. *L. nominis*, §. *ult. inf. de verb. signif.* Quod si ita est: ne hæc quidem species confessi impediet, quominus

minus recte dicamus, omnes omnino confessos pro iudicatis habendos: dummodo ii sint, quos lex intelligit, qui sententia sua quodammodo damnentur. Sit igitur hæc interpretatio legis potius, quam exceptio. Interim ut Ulpianus in *d. L.* 2. suprascriptis verbis confessum, qui in facto errat, excipit de sententia legis, ne is pro iudicato habeatur: ita regulam iuris in cæteris confirmat, ut pro iudicatis habeantur omnes, sive scientes se non debere, fateantur se debere: sive errore et imperitia iuris id faciant. Quorum tamen utrumque in quæstionem vocatur: nec vero satis explicatum est vulgo, quid statuatur de utroque, ut sunt nonnulli alii eadem de re scripti loci, in speciem dissentientes, ac præcipue *L. penult. hic.* De quibus nobis iudicandum est. Et quidem † in eo, quod dicimus eum, qui sciens falsum de se est confessus, omnino teneri, ut si iudicatus esset: sunt qui adversari putent *L. is qui se obtulit*, *et seq. supr. de rei vindicat.* in quibus scriptum est: si quis confessus sit, se rem possidere, quæ vindicatur, eum non teneri quasi se liti obtulisset, si neget ante litem contestatam se possidere. Idemque dicendum esse, etsi neget post litem contestatam, si modo actor ipsum non possidere sciverit. Sed non erat iudicio meo, cur hic locus moveret Bartolum, et cæteros, ut novas de hac specie cuderent distinctiones, quo rem quasi valde impeditam expedirent. Apparet enim ex suprascriptis Iurisconsultos non loqui de eo, qui in iure confessus sit. Res igitur dubia ex iure certo explicetur: ut si quidem nihil amplius quam confessus sit se possidere, non ideo teneatur, quasi liti se obtulisset, si illa intervenerint, quæ supra diximus. Sin id confessus sit in iure, tum vero plane teneatur, non tanquam qui se obtulit liti; sed tanquam qui pro iudicato habeatur: aut teneatur etiam confessione sua ex edicto de interrogationibus: quod ita esse apparet ex *L.* 4. *supr. de interrog.* Cave enim putes, quicquam referre, quæ vulgaris distinctio est, utrum res, de qua reus confessus est, pertineat ad præparationem caussæ, an ad decisionem, ut hic reus habeatur pro iudicato, illic non habeatur. Non ita est. *Subsequi*, inquit Ulpianus hoc titulo, *prætor voluntatem orationis divi Marci debet, et omne omnino quod quis confessus est, pro iudicato habere.* In † altero, 7 quod erat de eo, qui ius ignorans confessus est, se debere, quod non debuit, quem diximus pro iudicato haberi non secus, quam si ius non ignorasset: non videtur quicquam caussæ esse, cur illum ab eo, qui in facto erravit, distinguamus eum teneri. Id autem effici videtur illa regula Papiniani, qua cavetur, etiam iuris errorem in damnis amittendæ rei suæ omnibus non nocere. *L. error*, *supr. de iur. et fac. ing.* Etenim, ne erremus, cum reus confitetur se debere, quod non debuit, idque ab eo exigitur, agitur aperte de damno rei eius non amittendæ: laborat enim in eo, non, ut rem repetat quæ alterius facta sit: sed ne eam, quam adhuc habet, cogatur solvere. Et qui tentant confessum in iure ab ea regula excipere, ipsis verbis Papiniani aperte refelluntur. Ait enim: *omnibus iuris error non nocet*: idest nulli nocet. Sed non est, cur exemplo confessi moti metuamus affirmare, iuris errorem in damnis amittendæ rei suæ nulli nocere. Cum enim concesserimus hunc errorem etiam ei, qui in iure confessus sit, non nocere: non ideo efficitur, hunc pro iudicato non teneri. Tenetur enim: sed ita ut in ea re noceat ei non error iuris, sed ipsius confessio. Quod inde liquet, quod si putaret tantum se debere, neque id in iure confessus esset, non teneretur. Nunc autem ideo teneri incipit, quia et confessus est, et confessus est in iure. Videndum tamen, ne huic errorum et ignorantiæ distinctioni adversetur responsum Africani in *L. pen.*

Ad L.

Ad L. Cum fideicommissum. *penult.*

Africanus lib. v. Quæstionum.

Cum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere: arbiter ad restituendum datus comperit nihil debere: quaesitum est, an possit absolvere? respondi posse. Interesse tamen qua ex caussa nihil debeatur. Nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere. Si vero quia testator forte solvendo non erat, aut quia heres aes omne solutum esse apud praetorem dixerat: et cum controversia, et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit; salvo officio eum absoluturum. Has enim partes eius esse, ut si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere: sed ex superiore casu ad praetorem remittere debet, ut absolvatur.

SUMMARIA.

1. *Species huius legis.*
2. *An hæc alterutri parti distinctionis in superiori lege expositæ adversetur.*
3. *Dubitandi ratio, ac solutio.* et n. 4.
5. *Quare is qui in facto errans fideicommissum se debere confessus est, non possit a iudice ad restituendum dato absolvi, ubi hic comperit nihil deberi.*

1 IN quo ita proponitur. † Heres confessus est, se fideicommissum debere: cuius generis exempla paulo ante pluribus proposui. Is ex confessione conventus, cum diceret aut bona non esse solvendo, ideoque nihil esse, quod deducto ære alieno pro legatis præstetur: aut si ratio solutorum inibitur; constiturum se fideicommissum integrum iam solvisse; deque ea re quæreretur: iudex ad hanc restitutionem datus est. Quærit Africanus, si iudex compererit nihil deberi, an possit absolvere. *Interesse* ait, *qua ex caussa nihil debeatur*. Nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit: non debere eum absolvere: si vero quia nihil sit in bonis, aut iam
2 solutum sit, salvo officio absoluturum. Id † responsum videtur eiusmodi, ut non possit, quin alterutri parti suprascriptæ distinctionis Ulpiani de errore iuris et facti ad-
3 versetur. Nam si † loquitur de eo Africanus, qui in iure erravit, dici debuit: hunc nullo modo absolvendum; sin de eo, qui erravit, in facto, hic vero absolvendus fuit
4 omnimodo, si vera est Ulpiani distinctio. Et † dicendum est, Africanum agere de eo, qui iuste errans, idest, in facto, confessus est se debere: postquam is, quem proponit, in ea caussa est, ut velit eum vel a iudice dato, vel a prætore absolvi. Quod autem ait, hunc a iudice dato absolvi non debere: in eo non mutat, quod prius dixerat: hoc enim non de iure confessi respondet, sed de iudicis dati potestate. Ipsum confessum vult absolvi debere a prætore: ad quem ait, eum remittendum esse, ut absolvatur: ut intelligamus hoc congruere cum sententia Ulpiani, qua definit, errantem in facto pro iudicato habendum non esse. Sed † negat Africanus hunc 5
esse absolvendum a iudice dato. Cur ita? quia iudex ad restitutionem fideicommissi datus, solum ad computationem patrimonii, ac fideicommissi, et eorum, quæ eo nomine soluta sunt, datus est. De hac igitur ratione recte, et, ut loquitur Africanus, *salvo officio* iudicaverit. Non etiam datus est, ut cognosceret de fideicommisso, an relictum esset, necne. Proinde nec de ea re recte pronunciaverit: quippe ad officium eius, et potestatem non pertinet. Ultra enim, quam in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. *L. ut fundus, supr. comm. divid.* Itaque responsum Africani aperte eandem distinctionem confirmat.

Ad L.

Ad L. Non omnimodo. *ult.*

Paulus lib. IV. ad Sabinum.

Non omnimodo confessus condemnari debet eius rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit.

SUMMARIA.

1. *Quando quis de re, quæ an sit in rerum natura incertum est, confessus condemnari debeat, aut secus.*
2. *Titulum de confessis in* Pand. et Cod. *ad caussas dumtaxat pecuniarias pertinere.*
3. *Diversum ius obtinere in reorum de crimine confessionibus, et hoc quale.*
4. *Duplex diversi iuris caussa et ratio; et quæ utraque.* et seq.

1 HOC iure de errantibus constituto, † intelligitur, quid sit quod dicitur in *h. L. ult.* non omnimodo confessum condemnari debere, eius rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum sit. Quid enim si is confessus sit se debere, qui moram in re debita non fecit; ignorans autem eàm decessisse, atque ita se esse liberatum, se debere eam rem sit confessus? Iam diximus in facto errantem, si sit confessus, pro iudicato teneri non oportere: quasi nec confessum. Itaque si deinde quæritur, an ideo hic non teneatur, quia res desierit esse in rerum natura, dicemus nihilominus teneri, *L.* 3. *L.* 5. *supr. eod.* Sin quia confessus mortem rei ignoravit: contra erit, ut hoc loco.

2 Et hoc quidem † in rebus privatis, id est pecuniariis proditum ius est, ut statim ab initio proposuimus. Id sciendum est ad caussas criminales non pertinere. Animadvertendum est enim legem XII. Tabul. quæ de hac re loquitur, de ære, idest, de pecunia tantum cavisse, et rescriptum Antonini, quod extat de hac re sub Tit. *C. de confess.* ad creditorem privatum pertinere, quem iubet solvere. Et si extaret Oratio divi Marci de hoc genere, de re tota facilius esset iudi-
3 cium: sed non est laborandum. Extant † enim constitutiones, quibus diserte cautum est, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. *L.* 1. §. *divus Severus* 2. *infr. de quæstion.* Neque vero † difficile est, huius differentiæ rationem 4
explicare. Versatur enim in criminibus periculum maius. Agitur enim non pecunia, sed periculum capitis, aut famæ et existimationis. Recte Ulpianus in *L.* 1. §. *sed et si quis*, *supr. de Carbon. ed.* magis consulendum esse his ait, quibus gravius periculum intenditur. Et hoc quidem humanitas postulat. Sed si propius velimus attendere, † reperiemus, 5
non tam æquitatem hoc ius, quam necessariam quandam rationem ex potestate confitentis sumptam expressisse: ut etiam si humanum non sit, tamen constituendum fuerit. Quid enim agitur in caussa civili et pecuniaria? ut reus pecuniam præstet; rem, videlicet iuris sui, et propriam. Quid autem in criminibus? ut corpus pœna plectatur, aut etiam laboret fama. Hoc vero non est in iure et potestate rei. Nemo enim dominus est membrorum suorum: ut vere a veteribus constitutum est. *L. Labeo*, *supr. ad L. Aquil.* Aliud namque oportet esse id quod habet, et aliud, quod habetur. Sic fit, ut de pecunia, ut de re sua, quivis damnatione sua constituere possit pro iure suo. *L. in re mandata*, *Cod. mand.* de pœna corporis non possit: nec de ea statuens sit audiendus, ne si velit quidem.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
C O M M E N T.
AD TITULUM DIGESTORUM, DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Quid contineat hic titulus, et quæ sit eius utilitas: in primis de obligatione verborum, de eius caussis, deque æquitate huius obligationis constituendæ, tum de ratione nominis.

S U M M A R I A.

1. *Ex contractu obligationes aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu contrahi.*
2. *Obligationum, quæ re, quæque consensu contrahuntur, varia genera.*
3. *Earum, quæ verbis aut literis contrahuntur, una caussa.*
4. *Literis quomodo obligatio contrahatur, quomodo item verbis.*
5. *Verborum obligatio eadem, quæ verbis dicitur contrahi.*
6. *Verborum obligatio quid sit.*
7. *Verborum obligationis una caussa Stipulatio, nec plures.*
8. *Iureiurando liberti munus, donum, operas patrono se præstaturum iurantis; item dotis dictione obligationem verbis non constitui.* et n. 10.
9. *Caii locus suspectus.*
11. *Cur ex stipulatione, idest, ex verbis sit obligatio.*
12. *Solemnem verborum conceptionem in stipulatione recte Symbolum vocari.*
13. *Æquitas huius obligationis constituendæ.*
14. *Quam recte ex verbis esse dicatur obligatio, quæ etiam ex consensu nascitur.*
15. *Tituli huius summa, partes et utilitas.*

De generibus et caussis obligationum, quæ ex contractu nascuntur, nota est divisio tradita cum in *L.* 1. *supr. de obl. et act.* tum sub Titulo *Instit. de obl.* et deinceps se-
1 quentibus titulis exposita: † obligationes nimirum quæ ex contractu sunt, aut re contrahi, aut verbis, aut literis (hoc enim membrum ad-
2 didit Iustinianus) aut consensu. † Et eas quidem, quæ re contrahuntur, itemque eas quæ ex consensu, variis ex generibus nasci contractuum: in illo genere enim esse depositum, commodatum, pignus, et similes; in hoc emptionem et venditionem, locationem et con-
3 ductionem, societatem, mandatum: † eas autem quæ verbis, aut literis contrahuntur, unam habere caussam singulas, ex qua na-
scantur. † Etenim literis contrahi obligatio- 4
nem uno modo, nempe scriptura et confessione, cum quis scripsit se pecuniam accepisse, quæ numerata non est, neque intra tempus legibus constitutum de pecunia non numerata quæstus est *tit. de lit. obl.* verbis item contrahi ex interrogatione et responsione, idest, stipulatione. *Instit. de verb. obl. in princ. et d. L.* 1. §. *verbis*, *supra*, *de obl. et act.* Hæc divisio atque descriptio generum obligationis facile nos docet, quod de inscriptionis huius significatione et potestate initio statuendum est, et quæ sit ea quæ hic dicitur verborum obligatio, et quæ verba, seu quam

quam caussam intelligere hic debeamus, ex
5 qua illa nascatur. † Ac primum facile intellectu est, si qua sit in his generibus obligatio verborum, eam esse quæ in superiore divisione dicitur verbis contrahi; et vero hæc ipsa est, quod vel titulus ipse institutionum, qui est de hoc genere, satis ostendit; nam qui titulus constitutus est de ea, quæ verbis contrahi dicebatur, is inscriptus est de verborum obligationibus. Sic literarum obligatio dicta, quæ contrahitur literis, Titulo *de liter. oblig.* sic alibi empti et venditi obligatio, quæ ex emptione et venditione; locati et conducti, quæ ex locatione et conductione nascitur; et iurisiurandi etiam obligationem dicimus, quæ contrahitur ex iureiurando liberti in *L. ut iurisiurandi*, *supr. de op. lib.* Iam vero si quæritur, quæ hic verba intelligamus, ibidem expositum habemus;
6 verba nimirum itelligimus *stipulationem*: † verbis eam obligationem contrahi, quæ contrahitur interrogatione et responsione, cum unus stipulatur, quod alter promittit, ut est apud Iustinianum in *d. tit. de verb. oblig.* id est in summa stipulatione, qua is qui interrogatur, daturum aut facturum se id quod interrogatus est, respondet. *L.* 5. §. *stipulatio*, *infr. eod.* Hoc est, cur sub hoc titulo, et illis qui plures in institutionibus de hoc genere disserunt unam fere quæstionem et tractationem esse videmus de stipulatione; scilicet, quia stipulatio huius obligationis caussa sit, qua posita etiam obligatio statuatur; nulla autem aut inutili stipulatione constituta, non possit obli-
7 gatio, qui effectus est, intelligi. † Quod si quæratur hoc etiam, pluresne sint huius obligationis caussæ quam, stipulatio, idest, utrum aliis quoque modis contrahatur obligatio verborum, quam stipulatione; id quoque ex ea descriptione generum quam indicavi, non difficile intelligi potest. Non enim aliter quam stipulatione obligationem verbis contrahi traditum est, cum in *dict. L.* 1. §. *verbis*, *supra*, *de obl. et act.* tum sub titulo *de verb. obl. in Institutionibus.* Quibus tamen locis de hoc genere ex professo agitur, pudendo omnino, atque adeo non ferendo errore; si qua alia caussa esset, ex qua nasceretur verborum obligatio. Ea enim aut nusquam exponi debuit, aut certe his titulis debuit, qui de hac parte ex professo constituti sunt, et in quibus hoc maxime quæritur, quo modo verbis obligatio contra-
8 hatur. † Quæsitum tamen est hoc loco num et iureiurando, quo libertus iurat se munus, donum, operas patrono præstaturum, item dotis dictione obligatio verbis constituatur: nam his quoque modis constitui scriptum legimus *Lib.* 2. *Institutionum*, quæ Caii nomine circumferuntur. In quo si quæritur, quod de eo apud veteres olim observatum sit: quoniam res a memoria nostra remotior est, quam ut certo sciri possit, neque ullo satis certo et bono auctore nititur, in medio relinquam. Neque vero multum refert, verbis olim ita contrahi solita sit obligatio, an non sit, si
nunc alio iure utimur. † Mihi quidem illud 9
Caii non abs re suspectum est. Nam si simpliciter iurans libertus se munus, donum, operas præstaturum patrono, obligabatur; non potuit dici obligatio nasci ex verbis, si res solemnitatem verborum nullam haberet, nisi forte ubicunque paciscendo homines verbis et sermone utuntur, ibi ex verbis obligationem nasci dicimus, ut quæ ex pacto nuncupato obligatio est, ea verbis contrahi dici debeat.
† Quod si verbis conceptis et solemnibus iu- 10
rabat libertus, atque ita obligabatur, non aliter: tamen ne sic quidem dici debuit nasci obligatio ex verbis, sed ex iureiurando; verba enim solemnia ei promissioni cum aliis multis contractibus et negotiis, communia erant; iusiurandum proprium, quo nimirum accedente libertus obligaretur. Ac iusiurandum quamvis verbis solemnibus conceptum, nihilominus erat iusiurandum, et tanquam iusiurandum obligabat. Obligatio igitur ex iureiurando, non ex verbis. Ut enim in stipulatione quamvis ea constet consensu et verbis, tamen obligationem ex verbis nasci dicimus, non ex consensu; quia consensus est illi cum aliis contractibus communis, verba autem eius propria, ex quibus et nomen habet: sic et obligatio liberti, qui iureiurando obligatur, ex iureiurando, quod eius obligationis proprium est, nasci dicenda est, non ex verbis. Et quidem aperte iurisiurandi obligatio appellatur ab Ulpiano in *L. ut iurisiurandi*, *supra de oper. lib.* Idem in *L. et per iusiurandum*, *infr. de accept.* libertum iurantem se præstaturum operas, per iusiurandum obligari ait. De dictione dotis, probabilius dici potuit eum qui dotem solemnibus verbis diceret, si obligaretur (ut obligari solitum colligitur ex *L. ult. C. Theo. tit. de dotibus*) cum, inquam, qui id faceret, verbis obligari: cum non obligaretur sine verbis nudo consensu; solemnibus autem verbis accedentibus continuo obligaretur. Sed de iure et more vetere in his usitato nihil affirmabo, quando est incertius, neque multum, ut dixi, ad rem pertinet: hoc dico, si de eo iure quæritur, quod ex constitutionibus in usu est, et libris nostris continetur, nullam videri in his duobus generibus inesse verborum obligationem. De dictione seu pollicitatione dotis du-

bi-

bitari non debet, cum ab Arcadio et Honorio sublata sit in hoc genere omnis solemnitatis verborum necessitas, et res eo deducta, ut quovis modo quis dotem se daturum pactus sit, non dico sine solemnibus verbis, sed etiam omnino sine verbis, is de dote obligetur. *L. ad exactionem*, *C. de dot. promis.* Non potest igitur dici verbis contrahi ea obligatio, quæ verba non habet, aut certe non desiderat, ad vim et substantiam obligationis; non magis, quam eas obligationes verbis contrahi quisquam dicit, quæ ex consensu, aut pacto solo nascuntur. *L. 4. supr. de pign. Inst. de oblig. ex cons.* De obligatione ex iureiurando nata potest dubitari propter *L. et per iusiurandum*, *infr. de accept.* in qua Ulpianus ita scribit: *per iusiurandum liberti interpositam operarum obligationem, per acceptilationem tolli verius est.* Hoc cum dicit, simul eam verbis contrahi significare videtur, si modo verum est, quod traditur [1] de acceptilatione in §. *item per Inst. quib. mod. toll. oblig.* hoc genere nimirum tantum eas solvi obligationes, quæ ex verbis consistunt. Ego autem superiore illo loco probari putem potius, obligationem liberti iurantis verbis non contrahi; ait enim Ulpianus *verius esse*, quasi de re dubia, et de qua aliis aliud videatur, aut certe possit videri. Unde intelligimus hoc eum sensisse, non fuisse quidem eam obligationem, quæ ex verbis nasceretur: alioqui sine hæsitatione dicturus erat eam obligationem utpote verbis contractam acceptilatione tolli: sed verbis tamen solemnibus constitisse, ut posset dubitari num propter verba, quæ desiderat, verbis quoque contrariis solemnibus, idest, acceptilatione tolli potuerit: quod ille putat esse verius. Et certe non dicitur in *d.* §. *item per*, acceptilatione tolli tantum eas obligationes, quæ verbis contrahuntur, sed *quæ verbis consistunt.* Quod sic interpretandum est, quæ sine verbis solemnibus non consistunt, seu quæ verba desiderant. Non tamen id efficit, ut obligatio ex his contrahi videatur, cum ad verba accedere oporteat iusiurandum; ex quo dici debet obligatio oriri: unde et ab eodem nominatur obligatio iurisiurandi, ut supra dixi. Atque hæc quidem ita recte dicuntur, etsi fatemur etiam nunc obligationem illam liberti confici interposito iureiurando solemnibus verbis concepto, ut fortasse conficiebatur temporibus Ulpiani. Nunc autem iusiurandum liberti quibuscunque verbis præstitum sufficere ad obligationem operarum, sublatis videlicet verbis solemnibus, ex eo intelligi potest, quod nihil amplius ad hanc obligationem requiritur, quam iusiurandum in iis locis, qui scripti sunt de hac obligatione liberti, ut *L. ut iurisiurandi*, *supra de oper. lib. L. si quis pro eo*, *infra de fideiuss.* Et sane si a stipulationibus solemnitas verborum recedere iussa est constitutionibus, et constitutum, ut quibuscunque verbis compositæ sint valeant: *L. omnes*, *C. de contr. stip.* quanto magis id valere debet in iureiurando adversus libertum, quo is obligetur patrono, cui etiam natura quodammodo operas debet. Quo constituto etiam nunc recte dicetur illud, quod ex Ulpiano supra retulimus, et per iusiurandum ita interpositám operarum obligationem, per acceptilationem tolli verius esse: non quod ea obligatio nunc verbis consistat, ut ante; sed quod verba ita abire iussa sint, ut ea res induceret obligationem magis, non eam infirmaret: quod fieret si per acceptilationem tolli, ut ante non posset. Ergo tolletur, quia verbis olim constiterit: ut hac in parte etiam nunc id ius videatur manere. Et hoc est, videlicet, quod cum sub titulis de verborum obligationibus, tum in Institutionibus, tum in Pandectis agatur de his obligationibus, quæ verbis contrahantur, nulla tamen omnino fiat aut iurisiurandi istius, aut dictionis, sive pollicitationis dotis mentio, quod certissimo argumento esset debet in his obligationem nunc quidem verbis non contrahi. Nam quod præcipue animadvertendum est, Titulus hic *de verb. oblig.* latissime patet, estque omnium qui sunt in Pandectis, prolixissimus. Atqui ut quis totum evolvat, tamen ne unum quidem apicem de obligatione liberti, aut de dictione, vel pollicitatione dotis in toto titulo reperiet, imo ne tenuissimam quidem significationem, qua quisquam de his generibus possit suspicari, quod certe futurum non erat, si hæc genera ad verborum obligationem pertinerent: cum et illa mansisse, et de iis aliis quoque titulis ius proponi constet. Nam cum in dividendo aliquod genus prætermittere maximum est vitium: tum vero ubi ex professo de genere aliquo, et quidem pluri-

1) Sed resistit expresse *L.* 8. §. 3. *D. de acceptilat.* Potest tamen pro Don. *ad d. L.* 13. *pr.* responderi ita tolli operarum obligationem si prius per Aquilianam stipulationem novata fuerit *L. 4. de transact.* uti omnium aliorum contractuum. Ratio autem dubitandi specialis facile reddi potest tum quod iurisiurandi religio veram non fictam impletionem requirere videatur, tum quod adstrictior videatur obligatio illa liberti cum et ad operas sine eo naturaliter sit obligatus.

li numero dicere constitueris, ibi alia conquirere quæ vel mediocriter ad eius generis explicationem faciant, species autem eius omittere præcipuas, ferendum non videtur. Maneat igitur, ut nunc ius est, unam esse verborum obligationis caussam, stipulationem nimirum, atque hinc solum verborum obligationem oriri; libertum iurantem patrono se præstaturum operas sine verbis solemnibus, obligari patrono ex iureiurando; atque adeo, etsi verbis solemnibus hoc idem fieret, non tamen aliter obligari, quam ex iureiurando; eum autem qui dotem dicat hodie, seu polliceatur sic consensu obligari, ut obligatio nascatur ex pacto, certe non ex verbis. Quapropter et de una stipulationis caussa in his titulis recte tractari, atque ideo et nobis quærendum esse sciendum est. Interim hoc relinquitur in stipulatione saltem caussam proponi, ex qua verbis obligatio contrahatur, quæ et verborum obligatio appellatur. Quorum utrumque potest habere disputationem: proinde nobis breviter attingendum videtur.
11 † Nam quod ad obligationem attinet, certi iuris est ex pacto, idest, ex consensu et conventione sola obligationem non nasci. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *supra*, *de pact.* Quod si stipulatio accesserit, idest, verba, res confirmatur, inquimus, et Iure Civili actio nascitur. §. *de constituta*, *Inst. de action. L. divisionis*, *supra de pact.* Aut recte prius illud de consensu et pacto constitutum non est, dixerit aliquis, aut propter verba quæ intervenerint, ius mutari non debuit. Nam, ut alibi quoque scripsimus, quid verba de re mutent? quod si mutatis verbis nihilominus eadem res et sententia est: etiam ius quod prius fuerat de eadem re, idem esse debuit, alioqui leges imponentur verbis non rebus: quod Iustinianus merito pro absurdo habuit. *L. 2. in fi. C. com. de leg.* Et fatendum est, si verba tantum sint ad consensum declarandum comparata, quibuscunque tandem verbis res exprimatur, semper rem eandem, eundem consensum esse, eoque ut in eadem re etiam ius idem statui debere. Sed in stipulatione verba quæsita sunt, non quibus solum sensus mentis exprimerentur, sed quibus declararetur potius, quidquid hic promitteretur, in eo præmeditationem animi et iudicii certitudinem fuisse. Nam præter verba adhibita est ea solemnitas conceptionis, quæ nos de illis non sineret dubitare. Post conventionem de re aliqua creditor futurus hoc amplius coram interrogat reum, num velit dari aut facere id de quo convenit: reus contra id stipulanti promittit verbis interrogationi subservientibus. Non dubitaverunt veteres, eos qui id fecissent, ista congeminatione et solemni conceptione ad tentandam et exprimendam voluntatem aptissima quasi nota et symbolo quodam satis testari se præmeditate et certo consilio ad contrahendam obligationem accessisse. † Non enim video, cur conceptionem 12
stipulationis, cum magis ad notandum et probandum iudicium animi, quam ad consensum verbis exprimendum adhibeatur, non recte symbolum cum Franc. Duareno vocemus, neque enim ideo ita vocari non debet, quia adhiberi eam necesse fuerit. Nam et ad testamenta antiquorum adhiberi oportebat æs et libram, neque eo minus ea symbola recte dici confitemur. Sed de verbo non laborabimus, dum constet, quod iam dixi, hanc solemnem formam verborum, magis ad attentionem et præmeditationem iudicii declarandam, quam ad voluntatem promittendi significandam adhiberi. † Porro valuit semper hæc 13
sententia inter omnes veteres, dum de voluntate et iudicio promittentis constaret, nihil esse æquius, quam ea quæ inter aliquos placuerunt, servari. *L. 1. sup. de pact.* hoc iudicium cum intelligi, ut dixi, in stipulatione statuissent, ideo ex ea ut ex certo consensu actionem dederunt. Hac solemnitate detracta, quia in reliquis conventionibus et pactis nudis nihil de consensu cuiusque, nisi ex verbis et more hominum usitato probatur, id secuti sunt veteres, quod in moribus hominum usitatum esse experientia comprobavit, quidquid ita pactum conventum esset, id ex levitate magis et ostentatione, quam iudicio et certo consensu proficisci consuesse, ideo etiam ex eo; quod tantum pactum esset, actionem esse noluerunt: non quia qui sine stipulatione paciscitur, interdum non serio consentiat, et velit obligari, sed quia id raro fiat. Iura autem ad ea aptari scimus, quæ frequenter et facile eveniunt, non ad ea, quæ raro *L. nam ad ea*, *supra de legib.* † Sed cur dicitur verborum obligatio ver- 14
bis contrahi, quæ ex stipulatione nascitur, cum stipulatio non minus consensu constet, quam verbis? *L. continuus*, §. 1. *infra eod. L. 1. §. 1. supra*, *de pac.* sæpe alias monui, et hoc loco dicendum est, quia res postulat, cum obligationem dicimus re contrahi, aut verbis, aut literis, aut consensu, omnia hæc indita esse unicuique generi, non ex eo quod omnium commune erat, sed ex eo quod erat proprium cuiusque, et quo ab aliis discerneretur. Omnium contractuum communis est consensus: nullus igitur ex eo quod consensum requirit, ex consensu esse dicitur. Sed hoc proprium est quorundam, ut consensu so-

solo perficiantur: inde dicuntur ex consensu, ut sit ex consensu solo, nihil nisi ex consensu; quidam præter consensum aliquid desiderant, quod sit ipsorum proprium: alii rei interventum; quidam verba; nonnulli literas. Inde aut re contrahi dicuntur, aut verbis, aut literis: sic tamen ut eo quod proprium est cuique attributo, non eo minus in singulis id, quod commune erat, relinquatur. Hactenus de verborum obligatione quid sit; unde nascatur, seu quas caussas habeat; cur ex stipulatione, idest, ex verbis sit obligatio; et quam recte ex verbis esse dicatur, quæ etiam nascatur ex consensu: quæ omnia ad inscriptionis explicationem pertinere mihi visa sunt. Nunc de summa tituli, deque utilitate pauca dicam.

15 † Agitur hoc titulo de verborum obligationibus, in quo hoc quæritur, quando sit ea obligatio, et nata cuiusmodi sit, seu quam vim habeat. Sic autem ea obligatio futura est, si sint verba, ex quibus nascitur, idest, si sit stipulatio, et ea utilis: nam inutilis perinde est, quasi interposita non esset. Ita fit, ut duas partes contineat hæc de verborum obligationibus quæstio: unam de stipulatione, quæ obligationem parit, alteram de obligatione quæ inde nascitur, quorum utrumque hic titulus complectitur. De stipulatione quæritur, quid sit, et quibus rebus constet, ac perficiatur: tum quæ eius genera sint, in quo de utilibus et inutilibus stipulationibus agitur, necesse est enim omnem videri inutilem, in qua quid eorum deest, quæ ad eius substantiam pertinent. Obligationis vis in eo est, ut norimus, quid, quantum, quando debeatur, et quod debetur si non solvatur uti oportet, quæ sit in eo cessationis pœna, quæ omnia hoc titulo copiose, ac veluti ex professo explicantur. Vel hinc constare potest, quanta sit huius tituli utilitas, nam stipulationis quidem usus est necessarius; et is quo vita hæc carere non potest. Quoniam enim ex pacto actio Iure Civili non nascitur, et tamen multis in caussis sine re, ac literis obligationem constitui est opus, eo necesse est aut in his non contrahi obligationem, aut certe ad obligandum promissorem stipulationem adhiberi. Fideiussoribus hæc vita in contractibus indiget, et hi sine stipulatione non constituuntur. *L. blanditus*, *C. de fideius.* Multis de caussis expedit obligationes veteres finiri, et transferri in alias novas, id pacto non fit, efficitur stipulatione. *L.* 1. *L.* 2. *infra de novat.* Usuras pecuniæ creditæ sæpe nobis præstari volumus, ac sine his pecuniam non crederemus. Porro in strictis iudiciis usuræ ex pacto non debentur: at ex stipulatione debentur. *L.* 3. *C. de usur.* Postremo multæ quotidie res incidunt, quas cupiamus nobis constitui promissione eius, qui eas nobis præstare velit in præsentiâ. Stipulatione id consequemur; pacto nequaquam: atque isto modo pacta nuda omnia stipulatione adhibita confirmantur. *L. divisionis*, *supra de pact.* Sed hic stipulationis usus est, neque is progreditur longius; at illa patent latissime, nec tantum contractus cæteros, sed etiam obligationes omnes attingunt, quæ de rebus ad stipulationem pertinentibus, deque obligatione verborum hic tractantur. Etenim quæ de consensu stipulationum, de personis, de rebus promissis, de fine stipulationis hic dicuntur, omnia sunt fere cum aliis contractibus communia. Illa etiam omnium obligationum, quæ de effectu stipulationis, idest, de obligatione, et de mora explicantur: ut uno hoc in titulo reperire liceat, quod semel de omnibus cognoscatur.

Ad L.

Ad L. Stipulatio. 1.

Ulpianus Libro XLVIII. ad Sabinum.

Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente. Et ideò neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem: quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum præsentem stipuletur, et acquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit, iubeat: et erit quod iussu obligatus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio quid.*
2. *Proprium stipulationis.*
3. *Quatuor res ad conficiendam stipulationem necessariæ.*
4. *Stipulatio non nisi utroque loquente conficitur.* et n.7.
5. *Mutus et infans stipulari nequeunt.*
6. *Infans Iure Civili quis.*
8. *Stipulatio quæ non est, interdum contracta fingitur.*
9. *Surdus et absens non recte stipulantur.*
10. *L.* 58. D. de don. int. vir. et ux. *explicata.*
11. *Mutus, surdus, absens per servum recte stipulantur: per eundem promittendo obligantur.*
12. *Infans per servum non recte stipulatur: servus tamen stipulando infanti acquirit.*
13. *Infans per servum promittentem non obligatur.*

NON est obligatio verborum, nisi ex verbis, idest, ex stipulatione: proinde de hac obligatione quærenti ante omnia de stipulatione, quid sit et quibus rebus conficiatur, constituendum est hinc initium hoc loco
1 a stipulatione. † Ea sic definitur in *L.* 5. §. *stipulatio*, infra eod. *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet.* In quo cætera quæ ad eam definitionem pertinent, eo loco commodius notari poterunt.
2 † Id quod proprium est stipulationis, quod positum est scilicet in interrogatione et responsione, pluribus exsequitur hoc capite Ul-
3 pianus. † Docet autem in summa hanc conceptionem interrogationis et responsionis, quam in stipulatione requirimus, quatuor rebus constare ad conficiendam stipulationem necessariis. Ex quibus duæ ad utrumque contrahentium pertinent: una, ut et qui rogat, et qui respondet, id faciat verbis, et sic uterque loquatur: altera, ut uterque alterum exaudiat. Duæ pertinent ad respondentem: primum, ut respondeat illico; tum ut respondeat ad interrogationem convenienter. Priora duo posita sunt in principio. Tertium in §. 1. *in extremo.* Quartum in §. *si quis simpliciter*, eodemque
4 *et §§. sequentes* referuntur. † *Stipulatio*, inquit, *confici non potest, nisi utroque loquente.* Recte: non enim sunt verba, nisi in his, qui loquuntur. Nunc autem dicitur stipulatio conceptio verborum, sed et hoc, quod dicitur fieri stipulationem, cum unus rogat et stipulatur, alter stipulanti respondet, idem significat, neque enim interrogat, neque respondet quisquam proprie, nisi verbis; si quis id facit literis, is aut scribere dicitur, aut rogare quidem vel respondere, sed hoc adiuncto, per literas. † Ex eo efficit, quod est in 5
promptu, eos qui loqui non possunt, stipulationem contrahere non posse; qualis est mutus, et infans. De mutuo idem traditur in *L.* 1. §. *ult.* supra *prox. tit.* et §. mutum, *Inst. de inut. stip.* de infante in *d. L.* 1. §. *penul. L. mulier, infra eod. et §. puillus, Inst. de inut. stip.* Notandum de infantis verbo, infantem quidem dici eum, qui fari et loqui non potest. *L.* 1. §. 1. *supra de admi. tuto. L. servo, §. si pupillo, supra ad Tre.* ut verbi ratione is non sit infans natura, qui eadem natura fari potest. Sed quia natura incertum id est, quando fari possit, definita res est Iure Civili, ut infantia æstimetur non usu et facultate loquendi, sed ætate, † ergo iure is habetur et definitur 6
infans, qui minor est septem annis, etiamsi expeditius loqui possit. *L. si infanti, C. de iur. delib.* et ideo quod scribitur in *d. L.* 1. §. *penul. supra prox. tit. in L. servum, infra rem pup. sal. fo.* eum qui loqui potest, et stipulari et promittere recte posse: ad hanc definitionem revocari debet, ut in

intelligamus eum, non qui natura fari possit, sed qui iure existimetur id posse facere, idest, qui septimum annum excesserit: ne contra hunc locum et definitionem superiorem incipiat dici infantem et stipu-
7 lari, et promittere recte posse. † Si stipulatio verborum conceptio est, si non est stipulatio nisi ex interrogatione et responsione, perspicuum est vere in universum dici, stipulationem non posse confici, nisi utroque loquente, ac ne lege quidem ulla, imo ne natura quidem effici potest, ut exsistat sine verbis ea res, quæ natura sua verbis conficitur. An non igitur contraria videtur *L. 1. §. 1. C. de rei uxo. act.* qua lege Iustinianus mulieri ad repetitionem dotis actionem ex stipulatu constituit, etiam tunc ubi nulla interrogatio et responsio intervenit? minime: confirmat potius, quod
8 hic dicimus. † Cum enim vult perinde haberi, quasi stipulatio intervenisset, fatetur non fuisse stipulationem re vera, ubi nulla interrogatio aut responsio fuit: sed vult nihilominus stipulationem intercessisse videri, recte videri, non esse. Ita non hoc effecit, ut stipulatio illic esset, quod cum verba deessent facere non potuit: sed ut cum non esset stipulatio, tamen esse videretur; quod ille fingere potuit, neque hoc loco negamus. Eodem hoc loco Ulpianus et illud alterum de stipulatione statuit, opus esse in ea interrogatione et responsione, quam diximus, ut alter alterum exaudiat: idest, et audiat, et sic audiat, ut etiam intelligat, quod posterius declarat in extremo hoc capite. Hoc ille colligit ex priore, et recte: frustra enim verba desiderantur in stipulatione, nisi intelligantur; sed et stipulatio ita verbis constat, ut constet etiam consensu. *L. continuus*, §. 1. *infr. eod.* hic nisi inter eos, quorum alter alterum intelligit, esse non potest. Hinc rursum et illud consequens esse ait, eos qui non audiant, sti-
9 pulationem contrahere non posse: † quo in numero sunt surdus, et absens. De surdo plura in *d. L. 1. §. ult. supra prox. tit. de absente*, in §. *item verborum*, *Inst. de inut. stipul.* L. 3. *C. eod.* Non [1] confirmatur absentis stipulatio in *L. ea quæ*, *supra*, *de don. int. vir. et uxo.* etsi proponitur illic stipulatio concepta esse in epi-
stola, et stipulatio pro iusta habetur. † Li- 10
cet enim de eo loco respondere duorum alterum, aut epistolam illic significare cautionem inter præsentes interpositam, ut sæpe alibi hoc verbum usurpari possumus observare, et Duarenus annotavit *Lib. 1. Disp. Cap. 45.* aut si quis contendat illic epistolam absenti esse missam, intelligi debere stipulationem antea inter præsentes interpositam fuisse, ut est lex et conditio stipulationis, idque etiam eo loco confirmari, quia non quæratur, an stipulatio valuerit; sed an eius conditio exstiterit, sitque stipulatio commissa, quod significat sic de ea consuli, ut de eius viribus non dubitetur, sed pro iusta et utili accipi debeat, quod non aliter fit, quam si prius inter præsentes sit interposita, testata autem deinde absenti per epistolam.

Ait, si quis igitur ex his vult stipulari.)
† Quod mutus, surdus, absens per se face- 11
re non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, ut qui stipulationem contrahere non possunt, ut supra dictum est: id per servum tres hi possunt efficere, si quid eorum illum facere iubeant: iubere autem possunt vel nutu, vel per nuncium, vel per epistolam. Quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquiret, qui etiam nullo domini iussu præcedente acquireret, atque adeo acquireret invito. *L. servus vetante*, *infra eod.* §. *item vobis*, *Inst. per quas pers.* Si quid servus iussu domini promittat, placet dominum obligari quod iussu. *L. 1. supra*, *quod cum eo. L. 1. supra*, *quod iussu.* Sed hæc, inquam in muto, surdo, absente recte di-
cuntur. † Neutrum horum ad infantem per- 12
tinet, etsi enim Ulpianus ita scribit, *si quis ex his*, quibus verbis omnes de quibus prius locutus erat, continentur, in quibus erat et infans: tamen videndum est, quid adiiciat. Ait: *ex his stipulari velit*: aut promittere; hæc vero infanti non conveniunt; nam neque velle infans creditur non magis quam furiosus *d. L. 1. §. ult. supr. pro. tit.* §. *pupillus Inst. de inut. stip.* neque stipulari aut promittere per servum: quia prius est, ut per servum ea facere velit, quam ut per eum stipuletur, aut promittat. Sane servus infantis stipulando infanti acquirere potest; acquiret vero et sine ullo iussu, atque adeo sine

1) Nec tempore firmatur absenti facta, si ex ipso instrumento constet quod inter absentes contracta Vasq. 2. *ill. contr.* 64. *n.* 26. Sed obst. *L. 57. de don. int. vir.* Resp. Hopper. *Lib.* 3. *πιθανῶν pag.* 100. ibi mulierem non contraxisse suis litteris stipulationem, sed contractam cum servo, qui interrogaverat, ut solet, perscripsisse marito. Don. noster ad L. *v. C. h. t. n.* 10. per litteras eam probari, si inter præsentes interposita. Nec *in d. L. 57.* quæri an stipulatio valuerit, sed an conditio exstiterit. *Add.* Hotman. 7. *Obs.* 10. Charond. 1. *verisimil.* 21.

sine cuiusquam auctoritate. Nam qui invito domino acquirere potest, multo magis acquiret ignoranti, proinde et infanti et furioso. §. *sui autem*, *Inst. de here. quæ ab intest. defe.* Sed isto modo servus stipulatur per se, non infans per servum, de quo hic agitur. † 13 Quod ad promissionem attinet, præterquam quod infans per servum promittere non potest, qui velle aut iubere non potest, ut servus promittat: hoc amplius existimo nec eum per servum obligari posse, quocunqne auctore aut iubente servus infantis promittat. Si tutor ipse promittat, infantem obligagare non potest, se enim daturum promittit, non infantem, et si infantem promitteret daturum, inutiliter factum alienum promitteret, quare nec servus quamvis tutore auctore promittens infantem dominum obligabit. Denique ex contractu servi dominus non tenetur in solidum, nisi de in rem verso, aut quod iussu. Si quid in rem infantis versum sit, non tenetur, quia vel ipse per servum, vel servus per se promiserit; sed quia in rem infantis versum sit: ac futurum esset, ut sine ulla promissione eo nomine teneretur. *L.* 3. §. 1. §. 2. *supra*, *de in rem ver.* Iussus in infantem non cadit. Ita fit, ut infans nec sua promissione obligari possit, nec alterius cuiusquam. Servo quidem infantis hereditas restitui potest tutore auctore, ut scriptum est in *L. servo*, §. *si pupillo*, *supra ad Treb.* Sed hoc eo fit, quia de re ei acquirenda agitur, etsi per consequentiam ipse obligetur hereditati, unde illic dicitur infanti in eo esse subveniendum, ut ita illi hereditas restitui possit. Sed et ibidem scriptum est, infantem heredem institutum, tutore auctore, pro herede gerere posse, aut si de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem posse. Sed hoc eo receptum esse pro utilitate infantium, quia de hereditate eis acquirenda, seu de eorum commodo agatur, vel hinc intelligi potest, quod nemo idem diceret, si solum de obligando infante ageretur, ut in promissione accidit; certi enim iuris est, infantem nec per se, nec tutore auctore promittentem obligari posse. *d. L.* 1. §. *ult. supra prox. tit.* §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip.* Quamobrem non recte exemplum hereditatis, aut bonorum possessionis per tutorem infanti acquirendæ ad promissionem transfertur, in qua solum de infante obligando agitur.

Ad §. Qui præsens.

Qui præsens interrogavit, si ante quam (sibi) responderetur discessit: inutilem efficit stipulationem. Sin vero præsens interrogaverit, et mox discessit, et reverso responsum est: obligat. Intervallum enim medii temporis modicum non vitiavit obligationem.

SUMMARIA.

1. *Summa* §.
2. *Stipulationem inter absentes non contrahi.*
3. *Modici temporis intervallum vitiat stipulationem.*
4. *Ratio cur stipulationis actus debeat esse continuus.*
5. *Longius intervallum in hoc tractatu quid.*
6. *Actus contrarius.*
7. *Lectio* L. continuus, *infra h. t.*

1 Agitur † hic de duobus stipulatoribus: quorum uterque præsens præsentem interrogavit, et non expectata responsione discessit; sed alter sic discessit, ut aut ei omnino non responderetur, aut responderetur., cum iam discessisset, id est, absenti: alter sic, ut mox discederet, et reverso responderetur, in quibus verbis postremis illud mox, quod præcessit, repetendum est, ut sit sensus: mox discessit, et reverso mox responsum est, quod significat, dum ait postea, modicum intervallum non vitiare obligationem. Prior inutilem facit stipulationem, inquit: scilicet, quia sive ei responsum non est, nulla est stipulatio sine responsione: sive responsum est, responsum est absenti, absens non contrahit stipulationem, ut initio capitis scriptum est. † Declarat hoc exemplo 2
Ulpianus stipulationem inter absentes contrahi non posse; non solum si interrogatio et responsio simul in absentes mutuo directæ sint; sed etiam si altera duntaxat. Et quidem si interrogatio directa sit in absentem, quamvis postea præsenti responsum sit, nihil agi ea verborum conceptione scriptum est in *L.* 3. *C. de cont. stipul.* At idem valet vice

ce versa, ut et si contra directa sit inter-
rogatio in præsentem, sed absenti respon-
sum, inutilis sit stipulatio, quod hic indica-
tur; atque hæc de priore stipulatore. Poste-
rior ille ex duobus propositis stipulatoribus,
qui mox discessit, et cui mox reverso respon-
sum est, obligare dicitur promissorem: nem-
pe quia et præsens præsentem interrogavit,
et præsens præsenti promisit, videbatur ob-
3 stare intervallum medii temporis: † sed quia
non [2] fuit longum, ideo Ulpianus ait non
vitiari stipulationem. Hoc loco statuit tertium
illud quod initio huius capitis dixi pertinere
ad vim stipulationis, ut qui respondet, illi-
co respondeat; aut si respondet ex interval-
lo, non longum sit intervallum, cuius rei
hæc ratio redditur, quia continuus actus es-
se debeat stipulantis et promittentis. *L. con-*
4 *tinuus*, *infra*, *eod.* † Sed cur actus conti-
nuus? quia alioqui non videatur unus esse
actus stipulationis, sed plures; quod naturæ
stipulationis adversatur, quæ ut una conce-
ptione constat, sic uno actu perficitur. Sed
et si quis longo post intervallo respondeat,
incertum fit, an stipulator prius ab interro-
gatione sua destiterit, neque vero sola pro-
missio constituit stipulationem. Longius † in- 5
tervallum quod stipulationem vitiat, est aut
cum postero die respondetur; L. *si ex duo-*
bus, *infra*, *de duo. re.* aut respondetur qui-
dem eodem die, sed cum actus intervenisset
stipulationi contrarius. *L. duos*, *§. ult. in-*
fra, *de duo. reis.* Quare modicum interval-
lum, et id quod stipulationi non obstet, id
esse definiemus, cum eodem die responsum
est nullo actu stipulationi contrario interce-
dente. † Actus contrarius hic intelligitur, non 6
tantum qui instituitur contra id negotium,
de quo quis interrogatus erat: sed etiam di-
versus et alienus a negotio, unde qui inter-
rogatus ad alia negotia discessit, eum placet
non obligari, quamvis illis negotiis peractis
responderit. *d. L. si ex duobus*, *in pr. in-*
fra, *de duo. re.* Et hoc est quod dicitur in
d. L. continuus, *infra. eod.* nihil prodesse,
quamvis interrogatus eodem die respondeat,
si aliud occeperit † sic enim manifestum est 7
legendum esse, non ut in Pandectis Florent.
acceperit: ut sit sensus, si aliud agere ince-
perit, pro eo quod est in *d. L. si ex duobus*,
si ad alia negotia discesserit.

2) Diss. Walt. 2. *misc.* 21. volens temporis intervallo nec brevi nec longo stipulationem vitiari. Imo, inquit, potius per hoc validior obligatio. Responsio enim ex intervallo facta, magis deliberata, fortius adstringet *L.* 22. *C. ad Vell.* Hoc probare *d. L.* 1. §. 1. ubi legendum non ut vulg. *modicum* sed *medium* (quomodo et Florentini Pand. habent) Ad *d. L.* 137. Resp. Walth. ibi *momentum* non significare tempus, sed actum naturæ, idest exiguum aliquid quo homines inter agendum occupantur. Id non vitiare stipulationem: Secus si alius actus interveniret, magis serius. Ad *L.* 12. *pr. de duob. reis* Resp. illic non vitiari stipulationem ob intervallum temporis, sed ob alia negotia, quæ intervenerant. Sed nihil Resp. Walth. ad *d. L.* 6. §. *ult.* Et si, cum ad alia negocia disceditur, stipulationem vitiari fatetur Walth. quomodo longum intervallum non vitiabit, cum credibile certe sit et usus vitæ communis, rerum magister, doceat homines plerosque non desides manere, sed negotia subinde agitare. Reliquis occurrit Gœd. *C.* 4. *Concl.* 2. ubi et alia circa hanc rem expedit. Nihil vero nocet si impertinentia nec ad rem facientia verba promissor interiecerit vel responsioni immiscuerit ut: *Arma virumque cano. Spondeo L.* 65. *pr. h. t.* Multis enim usu venit ut interim dum deliberant ac animo consultant, verba aliena proferant, deinde ex attenta cogitatione verba fundant. A. Gentil. 1. *Lect.* 12. *Curt.* 3. *Coni. ad Viv.* 12. Nec tantum hoc obtinet si usu quodam ac consuetudine soleat qui respondit ea verba sermoni interserere; sed etsi loco. Non recte Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 17. hoc casu mendosam esse stipulationem sentit. Quod minime probat *L.* 3. §. *ult. de O. et A.*

Ad §. Si quis ita interroget.

Si quis ita interroget, dabis? et responderit, quidni? is utique in ea causa est, ut obligetur: contra, si sine verbis annuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit, et ideo recte dictum est, non obligari pro eo, nec fideiussorem quidem.

SUMMARIA.

1. *Congruens responsio ad stipulationem conficiendam necessaria, in re et sententia verborum, non in verbis et forma conceptionis posita est.*
2. *Vis huius verbi QUIDNI.*
3. *Qui interrogatus annuit, nec civiliter nec naturaliter obligatur.*
4. *An in annuentis consensu pactum sit.*
5. *Cur non ut inutili acceptilationi, ita, et inutili stipulationi pactum insit.*

Ingreditur Ulpianus quartum illud, quod ad stipulationem conficiendam necessarium esse diximus, congruenter nimirum responderi oportere, hoc enim sic expressit in §. *ult.* Id autem sequentibus §§. exsequitur usque ad finem capitis, hoc vero loco videtur definire exemplo, quid sit hoc congruenter respondere. Nam cum ait, *si quis ita in-*

interrogatus (sic enim legendum esse apparet, non *interroget*, ut in Pand. Flo. cum nemo in stipulatione idem interroget, et respondeat) si quis, inquam, ita interrogatus, dabis? responderit, [3] *quidni*? eum utique in ea caussa esse, ut obligetur; ubi tamen verba responsionis a verbis interrogationis diversa esse apparet, veruntamen vim et potestatem esse eandem, ac si interrogatus, dabis? respondisset, dabo: nimirum declarat hoc se
1 sentire, † ut quis congruenter ad interrogatum respondisse intelligatur, positum esse in re et sententia verborum, non in verbis et forma conceptionis; qui re et sententia idem respondet, hunc convenienter respondere; et ideo obligari, etsi aliis verbis respondeat, dum verba eundem consensum exprimant: veluti, si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, verbo tamen utrobique eandem rem significante: quæ definitio est *L. quæ extrinsecus*, *infra*, *eod.* quod et in
2 exemplo huius loci alio modo accidit. † Nam qui respondet, *quidni*? non solum ostendit se velle dare, sed etiam ratione hoc confirmare videtur, cum significat nullam esse caussam, cur nolit. Eadem sententia confirmatur in *L. Blanditus*, *C. de fideiuss.* Interim ne quis hoc ita acciperet, quasi quodvis factum ad voluntatem significandam, aptum satis esset ad responsionem, eoque ad stipulationem contrahendam; Ulpianus alio exemplo docet qualiacunque verba sint ad consensum exprimendum, verba saltem semper se requirere. Et ideo etsi ad consensum declarandum idem valet nutus, quod verba: tamen qui interrogatus, dabis? sine verbis annuerit, eum obligari negat. Scilicet constat stipulatio consensu: sed constat maxime et præcipue verbis, idest, interrogatione et responsione, unde et verborum conceptio dicitur, et quæ inde obligatio nascitur, eo dicitur verborum obliga-
3 tio, seu verbis contrahi. † Et quidem eum, qui interrogatus annuit, civiliter non obligari certum est, non enim potuit obligari, nisi aut stipulatione, aut pacto. Si stipulatio esset, potuit Iure Civili obligari. *§. de constituta*, *Instit. de actio.* sed hanc non contrahi effectum est. De pacto potuit dubitari, an inesset in hoc quasi utriusque consensu. Sed etsi quis id pactum esse concederet: tamen ne sic quidem is, qui annuit, obligaretur Iure Civili: quoniam hoc iure ex pacto actio non nascitur. *L. iurisgentium*, *§. sed cum nulla*, *supra*, *de pac.* Non obligatur igitur citra controversiam, ut dixi, civiliter, qui ita annuit. Sed an obligatur saltem naturaliter, idest, ita ut quamvis ex eo assensu non sit adversus eum actio; tamen si ex ea caussa per errorem solutum sit, solutum repeti non possit? id enim naturalis obligatio significat. *L. naturales*, *supra*, *de obl. et act.* Ulpianus ait adeo eum qui interrogatus [4] annuit, non obligari, ut nec naturaliter obligetur: ideo non obligari pro eo ne fideiussorem quidem, utpote omni obligatione remota, cuius speciem aliquam subesse oportet, ut pro alio fideiussor obligetur. *L. 1. L. 6. et seq. infra*, *de fideiuss.* Non temere est, quod Ulpianus, cum negasset eum qui annuit, obligari, adiecit adeo id verum esse, ut nec naturaliter obligetur. Est enim id de quo non immerito potuit dubitari. Nam si in hoc annuentis consensu pactum est; sine dubio obligabitur naturaliter is, qui annuit; quippe ex pacto etiam usuras naturaliter deberi scriptum est in *L. 5. §. Imperator*, *in-*
fra, *de sol.* † Nunc autem hic pactum es- 4
se multis modis probari videtur. Primum, si est duorum in eandem rem consensus, pactum est, sic enim pactum definitur. *L. 1. supra*, *de pac. L. 3. infra*, *de pollic.* Atqui hic consensum esse nutus interrogati efficere videtur. Qui annuit, vult et consentit non minus, quam qui eloquitur, unde fideicommissa relinquuntur nutu. *L. nutu*, *supra*, *de leg.* 3. nutu hereditatem mutus adit, et hereditati obligatur. *L. servo*, *§. si pupillo*, *supra*, *ad Treb.* Quid restat igitur, nisi ut pactum esse dicamus? Tum autem de accptilatione inutili hoc magno consensu rece-

3) Duar. *et* Cuiac. *ad L.* 5. *h. t.* Gomez 2. *Resol.* 9. *n.* 3. Vid. Gœd. *C.* 4. *Concl.* 3. Diss. DD. vulgo. Gravius iuris imperitia errat (ut sæpicule solent viri cætera docti, sed in aliis quam nostris auctoribus versatiores) Ian. Guilielm. *QQ. in Plauti Asinar. C. ult.* scribens stipulationum formulas conceptas fuisse per verba. *Si*, *sive*, *ni*, *nive*, quæ qui perperam adhibuerat, eum actione cecidisse. Nam istarum vocularum nec nisi in conditionalibus stipulationibus usus ullus esse potuit. Nec quicquam retulit quomodo conciperetur conditio, cuius usitatæ quidem fuerunt quædam formulæ, non taman necessariæ, cum imo et sine verbis induci possit, Vid. *supra Lib. Civil. Comment. XV. C.* 11. *n.* 3. 4. *et* 12. et eam voluntas faciat, non sermo *L.* 2. *de his quæ pæ. ca.* Cuiac. 14. *Obs.*

4) Vacon. 5. *Declar.* 69. *et* 71. Si forma, ait, absit effectus nullus produci potest et conventio manet, uti materia informis. Ex pacto obligatio naturalis, quando contrahentes inire volunt pactum nudum. Sic si quis testari voluit, etsi 5. testes adhibuit, non valet illius dispositio iure codicillorum. Diversæ enim illæ species et actus agentium non operantur ultra illorum intentionem. Cæterum nulla necessitas, ut in *d.* §. 2. negatio interseratur, urget ut legatur *non tantum non civiliter*, ceu Coras. *ibid. et* Pius Anton. Bartolin. *Auctar. C.* 55. Nam negatio postposita *nec* servit loco quoque præcedenti, Rob. 1. *Rec. Lect.* 33. Et hic loquendi modus: *non solum*, vel *non modo*, *pro non solum non* ipsique Tullio frequens. Loca congessere Brodæ 8. *Misc.* 14. *et* Muret 10. *Var. Lect.* 7.

ceptum est, si quis interrogatus, an acceptum ferat, annuerit, in [5] inutili acceptilatione inesse pactum. *L. an inutilis, inf. de accep. L. si unus, §. penul. sup. de pact.* Quidni igitur et in inutili stipulatione, ubi interrogatus annuit, idem probemus? nam utrumque pariter verbis perficitur. Ad hæc duplex defensio est, primum non semper eum qui stipulationis caussa interrogatus annuit: velle obligari: deinde etsi velit, non tamen ab eo, qui interrogavit, esse consensum, ideoque nec unquam hic pactum esse. Si is qui interrogatus est, loqui potest, et cum sciret stipulationem sine verbis non contrahi, nihilominus annuit: Ulpianus idem existimat eum, qui id fecerit, nec consensum paciscendi habuisse, ne si de acceptilatione quidem interponenda agatur. *d. L. an inutilis, infra, de accep.* Multo magis idem dicturus, si agatur de conficienda stipulatione: cum constet nos ad liberandum faciliores esse debere, quam ad obligandum. L. *Arianus, sup. prox. tit.* Atqui etsi homo imperitus iuris annuat, aut is qui aliud facere non possit; quantumvis hic nutu declaret se velle dare id, quod interrogatus est, non ideo tamen hic pactum esse dixeris, nisi et is qui stipulatur, consenserit, ut pactum esset, non enim solius annuentis promissio et voluntas pactum est, sed duorum placitum et consensus, promittentis, et eius cui promittitur. *d. L. 1. supra, de pac. L. 3. supra, de poll.* Porro qui stipulatur quid ab alio, non est hoc animo, ut paciscatur, proinde nec paciscitur; ratio ab eodem Ulpiano reddita in *L. 1. §. eum qui, sup. de const. pec.* Ita fit, ut ex sententia stipulantis inutilis stipulatio nunquam pactum
5 habeat. † Neque vero recte stipulationi comparatur acceptilatio. Si quis interrogatus, an acceptum habeat, annuat tantum, inutilis acceptilatio est: sed debitor pacto liberatur, quia non ut qui stipulatur, hoc animo non est, ut paciscatur, ita qui acceptum rogat, hoc animo est, ut nolit nisi per acceptilationem liberari. Qui stipulatur, id agit, ut promittentem iure sibi obliget: id pacto non consequitur, quoniam ex pacto non oritur actio. Hinc satis colligitur non id eum agere, ut pacto res geratur: proinde nec pactum erit, cum non sit duorum consensus in eam rem, ut pacto res transigatur, vel quod idem est, quia non id agatur, ut sit pactum. Arg. in *L. non omnis, sup. si cer. pet.* In acceptilatione contra, qui rogat acceptum, id agit, ut liberetur: liberatur autem non minus pacto, quam acceptilatione. *L. creditori, C. de pac. L. nihil interest, inf. de reg. iur.* Ergo hic quoque hoc animo est, ut si minus acceptilatione licet, at certe quovis modo voluntate creditoris liberetur. Quod si creditor consentit, ut liberetur, nihil iam deest ad consensum duorum de liberando debitore. Consentit autem, qui annuit, aut aliter voluntatem suam declarat. Quare et erit pactum in inutili acceptilatione, quod in stipulatione inutili nullum esse diximus: non quia propensiores esse debeamus ad liberandum, quam ad obligandum, ubi pariter in utroque pactum sit; aut quia debeamus nutum aliter interpretari, cum de debitore annuente agitur; aliter cum agitur de annuente creditore: sed quia natura ipsa ita comparatum est, ut alia cogitatio sit et mens stipulantis, alia acceptum rogantis. In illo non est animus paciscendi, quæ res pactum excludit: in debitore autem acceptum rogante hic animus est, ut velit omni modo liberari, vel acceptilatione, vel pacto, quæ cogitatio ut consensum, sic natura pactum habet.

5) Ut Cuiac. *ad d. L.* 1. §. 2. et fere Anton. Fab. *ad L.* 27. §. *pen. de pact.* In stipulatione ait et acceptilatione duo requisita, voluntas et solemnitas; voluntas sola sufficit ad pactum liberatorium, non ad obligatorium. Male vero Goth. *in not. d. L.* 8. lectionem Haloandri *consensum* pro *contra sensum* præfert, Florentinæ inconcinnum quoquo sensum adfingens. Nam regula off. etiam in *L.* 27. §. *pen. de pact. L.* 19. *de acceptil.* et exc. neg. *nisi alia mens partium.* Non vero regula neg. except. aff. *nisi partes expresse hoc egerint.* Sic enim vere resisterent *dd. LL.* quæ cum Flor. Lect. *d. L.* 8. optime consentiunt. Vid. et Gød. in *L.* 177. *de V. S. n.* 1. Vasq. 3. *contr. usu freq.* 58. *n.* 36. *et seqq.* Hieron. Torniell. in *d. L.* 1. §. 3. *n.* 2.

Ad §. Si quis simpliciter.

Si quis simpliciter interrogatus fuerit, et ille sub conditione responderit, *Si illud factum erit*, *dabo*: non obligari eum constat, aut si ita interrogatus, *intra Calendas quintas?* responderit, *Dabo Idibus*, æque non obligatur. Non enim sic respondit, uti interrogatus est. Et versa vice si interrogatus sub conditione, responderit pure: dicendum erit, eum non obligari. Cum adiicitur aliquid vel detrahitur obligationi: semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

SUMMARIA.

1. *Summa sequentium.* §§.
2. *Si quis non idem respondeat, de quo interrogatus est, quatenus stipulatio utilis, quatenus inutilis.*
3. *Alio modo quam quo interrogatus est, respondens in totum non obligatur.*
4. *Generalis regula Ulpiani de mutata qualitate interrogationis.*
5. *Adiicere obligationi quid.*
6. *Detrahere obligationi.*
7. *Quintæ Calendæ quæ.*
8. *Cur cum promissor, obligationi diem aut conditionem detrahens, ut plus debeat, stipulantis caussam non deteriorem sed meliorem faciat, stipulatio tamen hoc casu non subsistat.*
9. *Exceptio a superiori regula: Si responsionis diversitas stipulatori illico placuerit, convalescit stipulatio.*
10. *Approbatio stipulatoris an et quomodo stipulationem natura sua vitiosam confirmet.*
11. *Pura stipulatione generaliter omne tempus dandi continetur.*
12. *Superior Ulpiani regula etsi generalis est, de omni responsione qua aliquid adiicitur, aut detrahitur obligationi; tamen ad qualitatis solum, non etiam rerum diversitatem pertinet.*

DIximus superiore §. iam inde ex eo propositum esse Ulpiano docere hoc ad vim stipulationis in responsione curandum esse, ut congruenter ad interrogatum respondeatur, utrum autem id fiat, necne, si quæratur, docuisse ipsum hanc quasi congruentiam et consensum responsionis spectandum esse ex re, de qua ageretur, non ex verbis; nam et aliis verbis recte responderi, dummodo de eadem re conveniat mens et sententia respondentis; interim semper verbis responderi oportere. Pergit deinceps ostendere, quando videatur in re ipsa congruere responsio, quando non congruere, ut sic stipulatio vitietur, aut sit utilis. † Et mihi istorum §§.
1
definitiones, exempla, exemplorum rationes, similitudines item, ac dissimilitudines diligentius expendenti, sic de re tota statuere in summa Ulpianus videtur: eum congruenter ad interrogatum respondere, qui idem respondeat, de quo interrogatus est, et respondeat eodem modo, seu eadem forma servata obligationis. Qui non idem respondeat, aut respondeat alio modo, seu mutata qualitate interrogationis, hunc non respondere ad interrogatum convenienter, sed ad vim stipulationis referre, utrum quis non respondeat idem, an alio modo. Si quis † non idem respon- 2
deat, non in totum inutilem esse stipulationem, sed quatenus id facit, id est, quatenus aut plus interrogatur, quam respondeat, aut plus respondet, quam est interrogatus, hactenus autem sic inutilem stipulationem esse, ut nec confirmetur, quamvis responsionis diversitas stipulanti illico placuerit, quam sententiam esse putamus §. *si stipulanti*, et §. *sequentis*. † quod si quis mutata qualitate in- 3
terrogationis, seu stipulationis respondeat, contra evenire, ut ibi quidem in totum obligatio non contrahatur, sed cum hac exceptione, nisi responsionis diversitas illico placuerit, quod si fiat, iam in id quod responsum est, stipulationem valere, quod hoc §. agitur. Id an recte putem his locis statui, an secus consideremus. Ac de sententia huius §. in eo convenit, Ulpianum hoc dicere, si quis mutata qualitate interrogationis respondeat quamvis respondeat de re eadem, tamen eum qui id faciat, nullo modo obligari, itaque in totum inutilem esse stipulationem. Et notandum est eum iis exemplis uti, quorum in aliis detrahatur obligationi, in aliis adiiciatur, ut cum in singulis dicat promissorem non obligari, intelligamus eum his exemplis confirmare

mare, quod postea generali regula est com-
4 plexus, † quoties 6 adiicitur aliquid vel de-
trahitur obligationi, semper probandum esse
5 vitiatam esse stipulationem. † Adiiciat obli-
gationi, qui simpliciter, idest, pure interro-
gatus respondet se datarum sub conditione,
aut in diem, sic enim puræ obligationi diem
aut condictionem adiicit, ea videlicet, quæ
obligationibus adiici solent. §. *omnis*, §. *lo-
ca*, *Inst. eod. L. omnia*, *sup. si cer. pet.*
6 *L. eum qui Calendis*, *tota*, *inf. eod.* †
hæc ipsa stipulationi inserta detrahit, qui
sub conditione, aut in diem interrogatus re-
spondet pure, ut hic loquitur Ulpianus, idest,
ut ex §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* in-
terpretari debemus, qui respondet nomina-
tim se præsenti die daturum: quoniam qui
simpliciter ad interrogatum respondet, vide-
tur in eandem conditionem eundem diem
respondere: utrumque facit, qui sub con-
ditione aut in diem interrogatus, alia con-
ditione, aut alio die adiecto spondet. Sic
enim priorem diem detrahit, et adiicit no-
vum, ut in hoc exemplo, quo utitur, dabis
7 intra Calendas quintas? dabo Idibus, † ubi
quintas inter eruditos dici constat, quinti
ab hinc mensis Calendas: quo modo pri-
mæ et secundæ dicuntur in *d. L. eum*, *qui
Calendis*, *inf.* Atque in his omnibus vitiari
stipulationem Ulpianus docet, in quo ob-
servandum est non solum nullam contrahi o-
bligationem, ubi promissor obligationi diem
aut conditionem adiicit, ut debeat minus;
8 sed etiam cum detrahit, ut plus debeat, †
quod quidem posterius prima fronte secus vi-
deri potuit, cum isto modo promissor melio-
rem caussam stipulantis faciat, non deterio-
rem, et credibile sit stipulatorem admittere,
quod sit in rem suam. Sed utilitas stipulato-
ris, atque adeo consensus ad rem nihil per-
tinet, si deest congrua responsio. Ea non
congruit, sive in interrogatione est, quod
non sit in responsione, sive in responsione
id, quod non fuit in interrogatione, quod
tunc evenit, cum responsio aliam formam
et conditionem obligationis facit, sive quis
amplius promittat, sive minus. Ergo cum mu-
tata qualitate obligationis respondetur sic, ut
detrahatur aliquid, vel adiiciatur obligationi,
in totum vitiari stipulationem convenit: et
hoc citra controversiam, si diversitas respon-
sionis illico non placuerit stipulatori. † Quid 9
si placuerit? sunt qui dicant ne sic quidem
stipulationem constitui. Sed cur negamus? Er-
go audiamus, quid continenter subiiciat Ulpia-
nus: *Cum adiicitur*, inquit, *aut detrahitur a-
liquid obligationi*, *semper probandum est vitia-
tam esse stipulationem*, *nisi stipulatori diver-
sitas responsionis illico placuerit*, *tunc enim a-
lia stipulatio contracta esse videtur.* An parum
supra demonstratum est, vel potius an id
dubium esse potest, adiici obligationi, cum
conditio, aut dies in responsione adiicitur;
detrahi tum, cum dies, aut conditio, quæ
fuerat, detrahitur, et pure vel alio inserto
die respondetur? negari non potest. Quid au-
tem de eo Ulpianus? definit, quoties id fit,
in totum vitiatam esse stipulationem, ergo
hæc definitio ad superiores species sine du-
bio pertinet. Neque enim distinguit, utrum
in re aut summa stipulationis aliquid adii-
ciatur aut detrahatur, an in caussa et quali-
tate obligationis: sed contra ubicunque adii-
ciatur quid, aut detrahatur, sine ullo discri-
mine semper probandum ait vitiatam esse sti-
pulationem. At definitioni adiecta 7 exceptio
est, *nisi diversitas responsionis illico pla-
cuerit*, quamobrem et ad suprascriptas spe-
cies exceptio pertinet: ut dicendum sit et
eum, qui pure interrogatus sub conditione,
aut in diem respondit, sub conditione aut
in diem obligari, si id stipulatori illico pla-
cuerit: et contra qui sub conditione aut
in diem interrogatus respondit se sine die aut
conditione daturum, eum pure obligari, si
hic quoque diversitas responsionis placuerit
illico stipulatori. Cum hæc verbis definitionis
superioris conveniunt, atque adeo necessario
efficiuntur: tum vero in re ipsa nihil esse vi-
deo, cur non optime et legibus stipulationis
convenientissime statuatur. Scio enim hoc
contra dici posse. Exigit stipulationis lex, ut
idem, et eadem qualitate obligationis respon-
deatur: scilicet, ut et quod in stipulatione est,
sit

6) Quid si respondeat promissor de anteriore die. ex. gr. Dabis Calendis Iuniis, Dabo Calendis Martiis. Videtur quod valeat stipulatio quia hæc temporis diversitas respiciat dilationem solutionis, non substantiam obligationis. Sed contra Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 4. *arg.* §. 5. *Institut. de inut. stipul.* Ad rationem dubitandi Resp. posse ante diem solvi, si in gratiam debitoris is adiectus. Hic autem dies respicit favorem stipulatoris, qui interrogando de uno die non vult ante eum solutionem sibi fieri, itaque adest dissensus partium.

7) Vid. Gœd. *de contr. stipul. C.* 4. *Concl.* 4. ubi *n.* 48. Contra Alciatum Zasium et alios idem admittit, etsi sub una conditione interrogatus: ex. gr. Si navis ex Asia redierit, responderit sub alia ex. gr. Si Cæsar Turcos vicerit. Quia ut puræ stipulationi omne tempus inest et conditio etiam, ut Donellus noster, ita tempus conditionis citius faciliusve exstituræ tempori eius quæ difficilius tardiusve eveniet, inest. Nec diversum esse in duorum reorum obligatione *ibid. n.* 49. Idem *n.* 90. *et seq.* Si plane aliud pro alio respondeatur, ut si Stichum stipulanti quis ædes Sempronianas spondeat, nec approbationem subsequentem facere ut convalescat stipulatio, quia hic contrarium potius responsum sit quam diversum.

sit in responsione, et vice versa quod est in responsione, fuerit in stipulatione; ac nisi id fit, non valet stipulatio, quia interrogatio et responsio non congruunt. §. præterea, *Instit. de inut. stip.* At nunquam congruent, si pura est interrogatio, responsio autem in diem vel conditionalis: aut contra si stipulatio conditionalis, pura autem responsio: quantumvis ea diversitas illico placuerit stipulari, non enim unquam efficiet ea approbatio, ut sit conditionalis eius interrogatio, quæ pura fuerat; aut pura, quæ fuerat conditionalis, quamobrem et post approbationem eodem vitio stipulationis manente, stipulationem inutilem videri necesse est. Hæc quidem ita videri, et
10 non temere his nos moveri posse fateor. † Sed si docemus approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam non plus sit in ipsius interrogatione, neque minus quam fuit in responsione, dubitatio tollitur: efficitur enim hoc modo congruere interrogationem et responsionem, [8] eoque novam stipulationem recte contractam videri, ut Ulpianus ait. Atqui id efficit stipulatoris approbatio. Nam primum si qualitas aliqua, ut dies, aut condictio, stipulationi detrahatur, quod fit cum sub condictione, aut in diem interrogatus respondet se statim daturum, si stipulator illico id probet, perinde est, quasi ipse illa stipulando non expressisset: quoniam verba nihil efficiunt contra pronunciantis voluntatem, planeque in eo qui de re aliqua non consentit, pro non expressis habentur. *L.* 3. *in fin. supra, prox tit.* Quod si quid adiiciatur stipulationi, ut dies, aut condictio, quod fit, cum pure interrogatus respondet in diem, aut sub condictione, plusculum id habet difficultatis. Nam quomodo dies aut condictio in stipulationem venisse videri possunt, si verbis stipulationis non continentur, quamtumvis stipulator in responsionem his rebus adiectis conceptam consenserit? Sed et hic quoque stipulationi inesse ista intelliguntur, posteaquam stipulatori illico id placuit: non quod propter consensum stipulatoris: stipulationi adiecta videantur, quod sine
11 novis verbis fieri non potuit: † sed quia pura interrogatione generaliter omnia tempora dandi continebantur, et quæ antecedunt, et quæ sequuntur, ex quibus stipulator cætera tempora interrogationis suæ approbatione sua repudiando, hæc sola relinquat, quæ promissor expresserit, utputa, pure stipulanti quis promisit sub condictione, si navis veniret ex Asia, intelligitur promissor hoc dicere, promitto eo tempore, quod sequetur condictionem hanc, non autem eo, quod condictionem antecedet, stipulatori id placet, hic non tam id tempus, quod condictionem sequitur, stipulationi adiicere videtur, quam antecedente detracto solum hoc posterius relinquere, nam utrumque, atque adeo omne tempus dandi stipulatione eius pura continebatur. Porro id quod erat, detrahere potest voluntate sua, et si enim verbis id expressum erat; tamen verba contra eius voluntatem non valebunt, ut iam dixi. Ita fit, quod posui, ut posterius tempus, quod condictionem sequitur, solum maneat stipulatoris approbatione, non nunc primum adiectum, sed iam ante stipulationem expressum, quod tamen nunc stipulator iuxta responsionem promissoris solum valere velit. Constat igitur veteribus ratio, cur cum promissor alio modo in tempore respondit, quam interrogatus est, citra præsentem approbationem stipulatoris dicatur stipulatio esse inutilis; quia scilicet non congruat responsio interrogationi, accedente autem stipulatoris præsente approbatione putetur stipulatio in id, quod responsum est, recte contrahi: quia iam incipiat non plus esse in stipulatione, quam est in responsione, neque minus. Et actenus regulam Ulpiani in diversitate qualitatis obligationis bene se habere, planeque ex omni parte veram esse intellectum puto. † An etiam regula ad eas respon- 12
siones pertineat, quibus in re plus, minusve respondetur, videndum est, nam generalis definitio est, omnes responsiones continens, quibus aliquid adiicitur aut detrahitur obligationi, at rursum contraria omnia in diversitate rerum responsa esse videntur in §§. sequentibus. Et quidem ego diversa omnia hic esse statuo: sed non eo minus veram esse, et perpetuam definitionem superiorem Ulpiani, quia illa ad hoc genus posterius non pertineat. De quo iam ex sequentium §§. sententia dicatur.

Ad §.

8) Dissentit quodammodo Gœd. *d. C.* 4. *Concl.* 4. *n.* 94. putans non hic tam novam constitui stipulationem; quam declarari ac validam doceri, quæ obscura fuit. Approbatione tolli diversitatem demonstrata convenientia, ut pateat retro actum non nullum fuisse, sed obscurum ob dissensus præsumptionem, quæ ex complacentia sublata. Et quod in *d. L.* 1. §. 3. habetur aliam stipulationem contractam videri, non de alia nova numero distincta, sed numero eadem quasi nova accipi debere contendit.

Ad §. Si stipulanti.

Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas: non esse contractam obligationem, nisi in decem constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas: obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oporteat congruere summam: attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.

SUMMARIA.

1. *Si promittatur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, nulla omnino est stipulatio.*
2. *An servata obligationis qualitate, diversitas in summa vitiet stipulationem.*
3. *Species* §. si stipulanti, *in quo differat a superioribus.*
4. *An approbatio stipulatoris efficiat, ut in maiori summa, quam quæ stipulatione comprehensa est, contracta videatur obligatio.*
5. *Viginti stipulanti, si X. respondeas, omnino in X. contracta est obligatio, etiam citra stipulatoris approbationem.*
6. *Refelluntur quædam Ulpiani sententiæ obiecta.*
7. *In duabus obligationibus disiunctis, una non potest dici alteri adiici aut detrahi.*
8. *Quot res, quot summæ, tot quodammodo sunt stipulationes separatæ.*
9. §. Præterea, Inst. de inutil. stip. *explicatus.*
10. *Locus Caii*, lib. 2. Inst. et de obl. *discussus.*
11. *Auctoris de Caio, cuius fragmenta circumferuntur, iudicium.*
12. *Ubi interrogatio et responsio congruunt, utiliter contrahitur stipulatio.*
13. L. si decem, D. Locati, *explicatur.*

Dixi supra aliam esse caussam diversæ responsionis, cum mutata stipulationis qualitate aliter respondetur, quam promissor interrogatus erat, de qua specie superiore §. dictum est: aliam, cum servata obligationis qualitate in re ipsa dissentit responsio, non
1 quidem ut respondeatur † plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus (nam isto modo nullam omnino esse stipulationem convenit) sed ut respondeatur plus, aut minus. Id exemplis probat Ulpianus hoc §. *et sequenti*: quorum altero de certa summa, altero de certis corporibus in stipulatum deductis agitur, sic tamen, ut plura exempla hæc sint, res una,
2 et summa eodem redeat. † Ac de summa pecuniæ ita statuit: quoties summa certa in stipulatum deducitur, sive promissor maiorem promittit, ut pro decem viginti, sive promittit minorem, ut pro viginti decem; in maiorem quidem et eam quæ alterius vel interrogationem, vel responsionem excurrit, non contrahitur obligatio: at in minorem semper, quia in eam interrogatio cum responsione congruit. Quæ ita 9 accipio, ut priore quidem casu in eam summam, quæ stipulatione comprehensa non est, nullo modo contrahatur obligatio, ne si diversitas quidem responsionis stipulatori illico placuerit: posteriore autem in eam, in quam responsio interrogatio congruunt, ita contrahatur , ut non sit necesse eam responsionem stipulatori placere. † 3
Quæ si vera sunt, differt hæc species a superiore his rebus. Primum quod cum alio modo responsum est, ut supra, in totum stipulatio non valet: cum autem minus aut plus respondetur, non in totum vitiosa est stipulatio, sed ex parte dumtaxat. Deinde sic in illa priore stipulatio non valet, ut tamen stipulatore diversitatem responsionis approbante, ad formam eius responsionis stipulatio contrahatur: in hac posteriore quatenus stipulatio non valet, eatenus ita nulla est, ut in eam summam nulla stipulatoris approbatione constituatur. Postremo quod in priore specie valet stipulatio, id fieri dicimus, cum diversitas responsionis stipulatori placuerit: in hac posteriore sic dicimus stipulationem in minorem

9) Facit *L.* 27. §. 5. *de pact.* Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 4. Licet sit diversitas, in quantitate tamen eadem obligatio, item vis et substantia eadem. Nam quæ differunt secundum plus vel minus, substantia conveniunt. Diversitas autem in qualitate, si interrogatio pura, responsio conditionalis, inducit diversitatem in substantia, et arguit dissensum contrahentium, itemque in tempore, maxime vero in re. Dissentit post Cuiac. *ad L.* 1. *h. t.* aliosque Gœd. *C.* 4. *Concl.* 4. *n.* 55. *et seqq.* volens et in summæ diversitate approbationem esse necessariam, quem adi.

rem summam contrahi, ut statim valeat sine
alia aperta stipulatoris approbatione. Id an
recte dicamus, singula huius responsi expen-
sa declarabunt. Ait Ulpianus, si stipulatus
sim decem, tu viginti respondeas, non esse
contractam obligationem in viginti. Hoc qui-
dem extra controversiam est, ubi responsio-
nis diversitas illico mihi non placuit. Nam
de viginti interrogatus non es; non est autem
stipulatio de ea summa, aut ea re de qua
interrogatio non processit. *L. 1. C. de usur.*
L. 1. §. verbis, sup. prox. tit. et hoc est,
quod Ulpianus hic ait, oportere congruere
4 summam. † At quid, si mihi illico placeat
responsio tua? De eo nihil aperte exprimit
Ulpianus, sed eius ratio superior satis osten-
dit, hoc eum sentire, nullo modo contractam
esse obligationem in viginti, sive hæc diver-
sitas responsionis mihi non placuerit illico,
sive placuerit. Nam etsi placeat: tamen ap-
probatio mea nunquam efficiet, ut videar te
interrogasse de viginti, cum revera rogave-
rim de decem, et constet in decem viginti
non inesse. At enim paulo ante generaliter
definivit, cum adiicitur aliquid, vel detrahi-
tur obligationi, vitiatam esse obligationem,
nisi stipulatori diversitas responsionis illico pla-
cuerit: quod si placuerit, aliam stipulationem
contractam videri. Non est hoc superiori sen-
tentiæ contrarium: non quod putem eam de-
finitionem non esse verissimam, et perpe-
tuam; sed quod verba eius definitionis ad
hanc speciem, de qua agitur, non pertineant.
Definitio est de eo, quod adiicitur vel de-
trahitur obligationi: at cum stipulanti mihi
summam aliquam, aut quantitatem, plus,
minusve respondes, neque plus respondendo
dicendus es adiicere obligationi, neque respon-
dendo minus dicendus es obligationi detrahe-
re; de quo paulo post plura, cum illud quæ-
retur, an saltem in decem stipulatio contra-
hatur. Etenim Ulpianus contrahi ait: quod
superiore definitione aperte evertitur, si ea
ad hanc speciem pertinet. Adde, quod supe-
rior definitio confirmat stipulationem in eo, in
quo diversitas responsionis stipulatori placuit;
hæc verba non conveniunt ei speciei, cum
stipulanti decem respondes viginti, et stipu-
lator probat responsionem: hic enim non tam
est diversa responsio in viginti, quam nulla:
cum nemo possit ad id respondere, de quo
non est interrogatus. Sed de eo, ut dixi,
plura paulo post. Stet igitur hæc sententia,
cum mihi decem stipulanti respondes vigin-
ti, naturam stipulationis, quæ interrogatio-
nem de re aliqua desiderat, non permit-
tere, ut in viginti, de quibus interroga-
tus non es, obligatio contrahatur; quantum-
vis mihi tua promissio verius, quam respon-
sio placeat. Sed an in decem saltem, de qui-
bus te interrogavi, contrahetur? ait in de-
cem saltem esse contractam: idemque esse, et-
si me viginti interrogante tu decem respondeas.
† Sed utrum ita demum, si responsio tua mi- 5
hi illico placeat, an etsi non placeat? etsi
mihi non placeat, inquam, omnino in decem
erit contracta: quod Ulpianus evidenter sub-
iecta ratione declarat, *licet*, enim inquit,
oportet congruere summam; attamen manife-
stum est viginti et decem inesse. Nemo du-
bitat, si de re aliqua procedat interrogatio,
ac de ea ipsa sequatur responsio, quin sti-
pulatio de ea re secundum regulas iuris con-
trahatur: constat enim et perficitur stipulatio
interrogatione et responsione, si modo et sum-
ma utriusque congruit. At si quis stipulanti
decem respondet viginti, is vi ipsa decem re-
spondet; nam in viginti bis decem insunt;
item si quis viginti stipulatur, vi ipsa stipu-
latur et decem: ut dicendum sit, si quis tan-
tum decem respondet, saltem in decem con-
gruere summam interrogationis, et responsio-
nis, ut Ulpianus ait: ex quo efficitur hacte-
nus secundum regulas iuris contractam esse
stipulationem: quod si contracta est, frustra
desideremus aliam stipulatoris approbationem.
Sed cur laboramus? possumusne exigere in
hac specie, ut diversitas responsionis stipula-
tori illico placeat, nisi sit aliqua diversitas
responsionis? atqui ea diversitas in decem
nulla est, cum in his congruat in totum in-
terrogatio et responsio. Inepte igitur, ut hæc
placeat, requiramus. Etsi hæc sententia, et
ratio Ulpiani manifesta est; tamen non de-
sunt, quæ huic opponantur. † Primum ratio, 6
quam ipse sibi tacite obiicit, et diluit in §.
seq. de qua ibi dicemus. Deinde pleraque,
quæ in contrariam sententiam scripta viden-
tur. Illud in primis, quod ipse paulo an-
te definivit, *cum adiicitur aliquid aut de-*
trahitur obligationi, semper probandum esse
vitiatam esse stipulationem. Et dubitamus,
dicet aliquis, *adiici*, cum mihi decem sti-
pulanti promittantur viginti: *detrahi*, cum
viginti stipulanti promittuntur tantum decem?
Ego vero contendo hic neque adiici obli-
gationi quidquam neque detrahi: tunc so-
lum id recte dici, cum qualitas adiicitur,
aut detrahitur, ut contingit, cum is qui
pure interrogatus est, respondet in diem vel
sub conditione; aut contra. † Hoc enim pro 7
certo sumo, in duabus obligationibus seu
stipulationibus invicem disiunctis, nec cohæ-
rentibus nunquam unam dici posse alteri
adiici, cum disiunctæ non cohæreant; ne-
que unam posse dici alteri detrahi, cum

prius

prius una in altera non fuerit. Solum adiicitur obligationi, quod eius obligationis pars fit: et solum obligationi detrahitur, quod in obligatione prius fuit: quod posterius solum de conditione, aut die adiecta vel detracta dici potest. Conditionem enim aut diem puræ stipulationi si adiicias, eo adiicis, ut totius præcedentis obligationis pars fiat, nec quidquam debeatur, nisi hac conditione. Conditionali stipulationi si pure respondes, ideo conditionem obligationi detrahis, quia prius in stipulatione inerat. Nihil simile, cum res stipulanti, plures aut pauciores respondemus:
8 † quot enim sunt res, quot summæ, tot sunt quodammodo stipulationes separatæ: quas si oratione coniungas, non tamen una dici potest alteri adiici, cum etsi valerent, plures tamen essent revera inter se distinctæ: si oratione separes, multo minus dixeris unam alteri detrahi, cùm fieri non potuerit, ut in stipulationibus separatis una alteri inesset, nec aliter quidquam possit alteri detrahi, quam si prius in eo fuerit. Nihil igitur, ut dixi, superior definitio Ulpiani de eo, quod adiicitur aut detrahitur obligationi, ad hanc speciem pertinet ut non sit ea nobis obiectio
9 hoc loco metuenda. † Locus est alius Iustiniani de hac ipsa specie scriptus in §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* qui prima ratione non temere toti ei sententiæ Ulpiani, quæ hoc loco exposita est, contrarius videatur. Illic Iustinianus ita proponit: inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ iterrogatus fuerit, non respondeat: ad quod explicandum hoc exemplo utitur: *veluti*; inquit, *si quis decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque* respondeas, vel contra, ex quo colligi videtur totam inutilem esse stipulationem, ut proposuerat: alioqui non conveniet exemplum propositioni. Ego id recte colligi nego, neque eo minus exemplum propositioni conveniet. Significat enim Iustinianus in eo exemplo, quod retuli, stipulationem inesse, in qua ad interrogatum responsum non est ut propositio eius postulabat: hoc amplius et eam stipulationem inutilem esse in totum: quod et verum est, et propositioni probe convenit. Id enim solum probandum susceperat Iustinianus, omnem stipulationem esse inutilem, in qua ad interrogatum responsum non fuit. Sed non ideo ex eo [10] efficitur totam eam conceptionem, qua quis decem stipulatus est, esse inutilem. Sciendum est enim in ea conceptione duas esse stipulationes in quina, quarum in una ad interrogatum respondetur de quinque; in altera ad interrogatum de aliis quinque non respondetur, ut declaratur in §. *sequenti*. Fateor eam stipulationem esse inutilem, in qua de quinque ad interrogatum responsum non est: illam alteram, in qua ad interrogatum responsum est, vel secundum propositionem ipsam Iustiniani valere contendo; cum enim ita proponit sic inutilem esse stipulationem, si ad interrogatum non respondeatur, vel his ipsis verbis efficitur, si quis ad interrogatum respondeat, quatenus id facit, et una stipulatio est, stipulationem utilem haberi debere ipso auctore Iustiniano. Nam quod in *d.* §. *præterea*: istas stipulationes comparat, et eam quæ in summa non congruit, et eam quæ non congruit in caussa stipulationis: nempe in eo comparat, quod in utraque ad interrogatum responsum non est: et verum est utramque hactenus non valere. Sed ubi discrepat conditio et qualitas stipulationis, illic in totum responsio non congruit: ideo in totum non valet: ubi autem summa non congruit, hactenus solum non congruit, quatenus plus est in interrogatione aut responsione: cæterum in reliquo optime convenit: et hactenus stipulationem valere necesse est.
† Sed obstat nobis Caius videlicet, ex quo 10
Iustinianus illa sumpsit: qui *Lib.* 2. *Institutionum*, *tit. de obligationibus* in exemplo illo superiore Iustiniani, stipulationem ait,
in solidum esse inutilem. † Et quidem ma- 11
gis me moveret istius Caii auctoritas, si is esset Caius ille vetus Iurisconsultus, cuius scripta in libris nostris exstant. Nunc autem [11] non esse veterem illum, sed ementitum nescio quem Caium, qui isto nomine sua venditaverit, aut certe recentiorem aliquem, qui aliqua ex Caii Institutionibus decerpserit, quæ in epitomen redigeret, sive is Anianus fuit, sive alius, quis iam ex iis, qui

10) Ita Vacon. 5. *Declar.* 71. *n.* 4. inutilis quoad alia pro subiecta materia, *et* Pac. 7. *Q.* 24. Simile in §. 8. *ibi alio qui non habebis I. de Mand. et* Phil. Matth. *ad L.* 110. *de R. I. n.* 6. Nec igitur recte Baro. *ibid.* Instit. in eo derogare Pandectis; nec Hotom. *ad L.* 27. §. 5. *de pact.* IC. ab Imp. dissentire. Et aliud esse in pactis *d. L.* 27. §. 5. ubi mentem spectamus, aliud in stipulatione *d.* §. *præterea* ubi verba adamussim exigimus. Nihilo melius Ioach. Hopper. *Lib.* 3. *ῶειθαvῶv pag.* 40. Ulp. ad veritatem et ius loqui. Imp. exemplo rem declarare. Exempla non facere ius, nec in iis exacte ut veritas limetur, requiri modo prima facie et ad popularem captum veritatem continere videantur.

11) Consentiunt in genere Cuiac. Pithæ. Cont. et alii citati supr. *in not. Lib. Civil. Commentar.* 4. *C.* 36. *N.* 2. quibus adde Connan. 2. *Com.* 4. *in fin.* Calduin. *in* §. *pen. Proœm. Instit. n.* 9. Claud. David. *in velit. legali ad d.* §. *pen. Proœm. Inst. n.* 8. dissentit maxime in specie quoad hunc locum Gœd. *d. C.* 4. *n.* 69. debitum vacillare *in d.* §. 11. exponens id est in periculum rapi, nisi diversitas responsionis placeat.

attendere voluerunt, ignorat? nam et isti auctori sæpe sordida oratio est, ab illa puritate et elegantia, quæ fuit Caii illius nostri, longe abhorrens: et præterea multis locis ea ab illo afferuntur de locis sacris et de Ecclesiis, ut nemo dubitare possit, quin fuerit Christianus: qualem Caium illum veterem non fuisse scimus. Sed ut essent illæ Caii veteris Institutiones, quæ circumferuntur: tamen illius auctoritate in hac re moveri nos non oportet: huic enim ex adverso opponimus, cum veram rationem, tum auctoritatem Ulpiani, et ipsius adeo Iusti-
12 niani. † Vera ratio facit, ut ubi interrogatio et responsio congruunt, eatenus contrahantur stipulatio: congruunt autem in quinque, cum stipulanti decem, idest, bis quinque, tu quinque promittis: quo efficitur hactenus stipulationem statim valere. Tum autem id Ulpianus probat, hoc loco: cum Ulpiano etiam Iustinianus ipse: et quidem hic ita probat, ut etiam Caii sententiam, si qua esset contraria, repudiet. Quæcunque enim sunt in Pandectis ex scriptis veterum, ea Iustinianus confirmat, et simul vetat nos comparare ea, quæ antiquitas habet, cum iis, quæ ab illo confirmata sunt. *L. 2. §. tanta, C. de vet. iur. enu.* Hanc igitur sine dubio sequi debemus, et si quid minus clare de eadem specie aliis in locis scriptum sit, dare operam, ut ex hac sententia interpretemur, atque efficere, quantum licet, ut cum ea consentiat. Est ad extremum et quod sententiæ huius loci adversari videatur; id quod est videlicet de dissensu locatoris et conductoris in mercede, in *L. si de-*
13 *cem, supra, loca.* † Proponitur locator mercedis nomine velle sibi decem pendi, conductor in quinque consentire. Si is qui decem stipulanti respondet quinque, in quinque obligatur, consentaneum videtur in hac quoque locatione conductorem in quinque obligari. At illic scribitur obligationem in totum non contrahi, ne in quinque quidem. Par igitur et in stipulatione, in qua pars tantum summæ in stipulatum deductæ respondetur, idem statui. Sed alia caussa est locationis, alia stipulationis. In locatione qui decem vult, non vult quinque, si sola præstentur. Id ex eo licet intelligere, quod decem desiderat pro eo, quod vicissim eum præstare convenit: debet autem rem conductori fruendam dare: porro qui maiorem summam requirit pro onere: is utique pro eo onere, quod semper idem futurum est, minorem non admittit: alioqui male in se consuleret. Dissentit igitur in totum in mercede locator, qui decem requirit, si ei quinque tantum constituantur a conductore: eo fit, ut locatio, quæ consensu perficitur, nulla in parte hic contrahatur propter totius mercedis dissensum. In stipulatione contra qui stipulatur decem, primum verbis stipulatur etiam quinque, quæ decem continentur: deinde ex voluntate nec ea recusare intelligitur, si quis ei stipulanti promittat: coniecturam facimus ex eo, quia decem stipulatur ita, ut eam summam habeat ex stipulatione gratis, et sine onere: quod in huiusmodi caussa acquirendi esset stipulatio, pupillum sine tutoris auctoritate stipulari posse non diceremus *Inst. de auct. tut. L. obligari, supra eod.* Credibile est autem eum, qui maiorem summam velit sibi acquiri sine onere, velle et minorem sine onere acquiri; maiorem quidem omnino, si liceat: sin minus, eum saltem minorem non repudiare: quia utroque modo pariter sibi consulat. Quare et verbis, et consensu in eamdem summam concurrentibus, stipulatio valebit.

Ad L.

Ad §. Sed si mihi Pamphilum.

Sed si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto. Nam si tot sunt stipulationes, quot sunt corpora, duæ sunt quodammodo stipulationes; una utilis, alia inutilis, nec vitiatur utilis per hanc inutilem.

SUMMARIA.

1. *Ius in stipulatione summarum et corporum exæquatum*, et n. 3.
2. *Non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.*
4. *Generalis definitio: Illicite et inutiliter adiectum pro non adiecto haberi, eo quod recte gestum est subsistente. Eiusque varia exempla.*
5. *Diversa in duobus, libero et servo, cum in eos compromissum est, ratio.*
6. *Lectio huius §. Florentina notata.*
7. *Ulpiani responsum si plures res coniunctim in stipulatum deducuntur, aut promittuntur, locum habet, non si disiunctim.*
8. *Cur qui disiunctim de Sticho aut Pamphilo interrogatus, unum tantum ex his respondet, non obligetur.*
9. *Disputationis huius utilitas.*

1 QUod iuris est in summis, † hoc idem est in certis corporibus, et rebus cæteris. Qui de una re interrogatus promittit et eam, et plures coniunctim, non obligatur is quidem in omnes; quia de omnibus non est interrogatus: sed obligatur tamen in eam, de qua interrogatus respondit; postquam et in hanc responsio congruit, eoque et statim obligatur sine alia stipulatoris approbatione. Idem valet e converso, ut si quis de pluribus rebus coniunctim interrogatus, unam ex his promiserit, in hanc obligetur, de qua et interrogatus sit pure, et pure responderit. *L. inter*, §. *stipulante*, *in fin. inf. eod.*
2 † Obstabat huic sententiæ, quod de sententia dicitur, non posse ex uno iudicio rem iudicatam in partem valere, in partem non valere. *L. in hoc iudicio*, *supra*, *fa. er.* Non enim ita hoc de sententia dicitur, quasi proprium sit solius sententiæ; ad cæteras res omnes, quæ unæ sunt, pertinet: ut si de his iure perficiendis agatur, non aliter perficiantur, quam si valeant in totum, quia cum sint unæ, natura non patiatur, ut pro parte valeant, pro alia non valeant, non magis quam sententia: quare et ad stipulationem pertinet. Quo argumento effici videbatur, ut sive quis Stichum et Pamphilum stipulanti respondeat tantum de Pamphilo tanquam de parte: sive Pamphilum stipulanti respondeat Stichum et Pamphilum, et stipulatio in Pamphilum tantum valeat, idest, in partem, stipulatio in utrumque vitietur; ne incipiat dici eam pro parte valere, pro parte non valere. Ulpianus huic obiectioni occurrens, ait duas hic esse quodammodo stipulationes, uti duæ res sunt, aut in stipulatum, aut in promissionem deductæ: de quo in *L. scire*, *infra eod.* unam de Pamphilo, alteram de Sticho: eam quæ de Sticho est, quia de eo aut nulla interrogatio est, aut nulla responsio, plane esse inutilem: eam autem quæ est de Pamphilo, quia de eo interrogationem et responsionem habet, esse utilem non pro parte, ne quis superius illud nobis obiiciat; sed in totum, uti est una neque obstare alteram stipulationem inutilem: quia utilis non vitietur per inutilem. Hoc responso declarat Ulpianus admittere se in stipulatione idem, quod in sententia: ut si in proposito de Sticho et Pamphilo una stipulatio esset, non magis ea pro parte valere posset, quam in sententia fieri diximus; sed negare hic esse unam stipulationem, ut ex uno, eodemque iudicio unam esse sententiam necesse est. † Hoc idem et in summis supra 3
responsum putemus, ut cum quis decem stipulanti respondet viginti, aut contra, intelligamus, quot sunt summæ, tot etiam esse stipulationes ex *ead. L. scire*, *infr. eod.* ideo stipulationem in viginti non valere; cui desit interrogatio aut responsio de ea summa: eam autem quæ est in decem, valere in totum, cum in eam summam interrogatio et responsio congruant: nec impediri alia stipulatione inutili; quia utilis per aliam inutilem non vitietur. Ait Ulpianus: *nec vitiatur utilis per hanc inutilem.* Etsi adiicit *per hanc inutilem*: tamen non consistemus in hac specie: 4
† sed generaliter definiemus, quoties ad id quod utiliter geritur, adiicitur aliquid, quod fit non recte, semper quod illicite et inutiliter adiectum est, pro non adiecto haberi, per

per se autem valere, quod recte gestum est; quod innumeris exemplis et partibus Iuris Civilis declaratur. *L. proprium, supr. com. præd. L. placuit, L. usuras, supr. de usur. L. sancimus, in princip. C. de donat.*
5 † Nam quod dicitur, cum in duos compromissum est, si unus ex his arbiter esse potest, quia liber, alter non potest, quia servus; in totum non consistere arbitrium, ne in persona quidem liberi hominis: *L. Pedius, §. ult. supr. de rec.* huc non pertinet; non enim hic duo compromissa sunt, sed unum, quo in duos compromissum est. Nec quemadmodum in stipulatione receptum est, ut quot sunt res, quot summæ, tot sint stipulationes, idem evenit in compromisso, ut quot sunt personæ, in quas compromissum est, tot sint arbitria. Nam aliæ res et summæ cum aliis non cohærent, neque natura sua, neque contrahentium conventione, quasi qui unam non vult, aliam nolit; in compromisso autem sic plures eliguntur arbitri a litigatoribus, ut placeat omnes rem cognoscere, et sententiam dicere, aut nullum. *L. item si unus, §. item si plures, L. non distinguemus. §. cum in plures, supr. de recept.*
6 † Si hæc vera sunt; ut sunt, apparet initio huius §. legendum esse, ut in vulgaribus exemplaribus, *sed et si mihi Pamphilum stipulanti*, non ut in Pandectis Florentinis, *sed si mihi Pamphilum.* Non enim de hac specie; ut de re a summis diversa scribit Ulpianus, ut adversativa particula fuerit opus: sed ita, ut eam summis comparet, ac de ea ius idem statuat.
7 † Notandum est autem, quod hic dicitur stipulationem valere, cum unam rem stipulanti ea res et plures simul promittuntur, tum dici, cum plures res promittuntur coniunctim; ut cum Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spondes: idemque intelligimus, cum plures res stipulanti una ex his promittitur; volumus enim et hic ita demum stipulationem valere, si plures res coniunctim in stipulatum deductæ sint. Ut si stipulanti Stichum et Pamphilum, tu Pamphilum promittas. *L. inter, §. si stipulante, in fin. infr. eod.* Diversum est sive quis Pamphilum stipulanti, spondeat Stichum aut Pamphilum, idest, disiunctim; sive Pamphilum aut Stichum stipulanti promittat Pamphilum *d. §. si stipulante.* Nam si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondet: primum is non duas res respondet, ut supra, ut quis dicat hic duas esse stipulationes, unam de Pamphilo utilem, alteram de Sticho inutilem: sed spondet rem unam tantum, idest, alterutram, et utram volet, dando liberatur, ut est, vis disiunctivæ obligationis; quæ res sola efficere potest, ut cum stipulatio, quæ una est, ex parte non valeat, in totum sit inutilis. Deinde qui respondet Pamphilum aut Stichum, is ne Pamphilum quidem spondet, cum alium dare possit: aut si spondet, spondet sub conditione, si Stichum non dederit. Ita qui pure interrogatus erat, respondet sub conditione, quæ iam res alia ratione stipulationem impedit. *§. si quis simpliciter, supr. ead. L.* Sed ita promissor hic respondet sub conditione, ut simul rem aliam promittat sub contraria conditione, nempe Stichum, si Pamphilum non dederit. Quo adducor, ut quamvis stipulatori hæc responsionis diversitas illico placuerit, tamen putem novam obligationem non contrahi; utpote nova re promissa, de qua interrogatio non præcessit, ut sunt ea quæ supra de hac diversitatis approbatione disseruimus ad *§. si stipulanti.* 8
† Quod si quis aut Stichum aut Pamphilum stipulanti, Pamphilum respondeat, dicimus et hic stipulationem non valere: quia ad interrogatum non sit responsum. *d. §. si stipulanti*, sed fit hoc paulo dissimili ratione, quam in specie superiore. Nam quod ad rem promissam attinet, una ex his, quæ in stipulatum deductæ erant, promissa est. Neque vero interrogatum de pluribus rebus, necesse est utramque spondere, ut stipulatio valeat; nam qui de Sticho et Pamphilo interrogatus Pamphilum respondet, eum obligari supra effectum est. Sed obstat hoc stipulationi, quod qui interrogatur de Sticho aut Pamphilo, de utroque quidem interrogatur, sed de unoquoque sub conditione, si alterum non dederit; qui autem alterum tantum spondet, hunc pure promittit. Detracta conditione, ut aliam stipulationem facit, sic facit inutilem. *d. §. si quis simpliciter, supr.* Nec mihi alia ratio occurrit in hac specie, cur qui disiunctim de Sticho aut Pamphilo interrogatus, unum tantum ex his respondet: non obligetur. Nam si is qui promissus est, in stipulatum deductus esset sine ulla conditione, et pariter pure promissus esset, nihil esset obligationi impedimento; ex quo intelligitur, cur uno promisso ex his, qui disiunctim in stipulatum deducti erant, stipulatio non valeat, unam obstare stipulationis conditionem, quæ in responsione detrahitur. 9
† Non temere hoc disputo. Id enim eo pertinet ut statuamus in hac specie, quamvis stipulatio dicatur nullius esse momenti, tamen hic locum fieri definitioni Ulpiani, de qua supra diximus, ut cum detrahitur conditio obligationi, stipulatio valeat, si stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.

Ad §.

Ad §. Eadem an alia lingua.

Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, et respondeatur ei Græce, dummodo congruenter respondeatur: obligatio constituta est; idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Græcum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Pœnum forte, vel Assyrium, vel cuiusvis alterius linguæ: dubitari potest ex scriptura Sabini. Sed verum puto, ut omnis sermo contineat verborum obligationem: ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio quacunque lingua fieri potest, ita tamen ut alter alterum intelligat, vel per verum interpretem.*
2. *An fides habeatur interpreti dicenti se verum renunciasse.*
3. *Unius testimonio non creditur.*
4. *In re sua nullus testis idoneus.*
5. *Utri incumbat probatio, verum interpretem adhibitum esse.*
6. *Quomodo id probandum.*
7. *Falsus interpres ad quid et quo iudicio promissori teneatur.*
8. *De Antinomia* L. decreta, D. de re iud. et L. Iudices, C. de sent. *remissive.*
9. *Sententias Iudicum, et Magistratuum decreta, Latina lingua ferri Romæ oportuit. Et cur secus in stipulatione.*

UT congruentia responsionis, quam in stipulatione exigimus, nihil nocet aliis verbis respondere, dum sententia congruat, ut declaratur in §. *si quis ita, supr. ead. L.*
1 sic docemur hoc loco † nihil nocere alia lingua responderi, dum uterque alterum intelligat; ut appareat verum esse, quod illic dixi congruentiam, quam hic quærimus, in re esse, non in figura verborum, aut sermonis: tantummodo ut verba, qualiacunque sint, ad respondendum adhibeantur. In alia lingua exigit Ulpianus, ut uterque alterum intelligat ob eam caussam, quam initio huius capitis exposui. Sed satis habet, ut alter alterum intelligat, vel per verum interpretem. Interim in interprete verum interpretem exigit, hoc verbo exigit, ut adhibeatur ad stipulandum is qui utriusque linguæ sit peritus, et promissori dicat quid stipulator roget, et rursum stipulatori,
2 quid promissor respondeat. † Quid ergo, si promissor dicat falsum interpretem esse, idest, se non promisisse id, quod interpres renunciavit: an fides habebitur interpreti dicenti se verum renunciasse? Puto non modo ei fidem non haberi, si alios testes producat promissor, qui id negent; sed ne in re quidem dubia id nocere promissori; ne forte necesse sit ei per se alios testes quærere, aut alioqui debeat condemnari. Primum hic interpres in
3 eo testimonio unus est, † unius testimonio non creditur. *L. iurisiurandi, C. de testib.* Deinde huius interpretis interest rem ita existimari, ut dicit; et quia probrosum est ei mendacii coargui, et quia si falsum dixerit, mandati tenetur; ita aperte in eo testimonio res eius agitur. † Nullus autem in re sua idoneus 4
testis. *L. nullus, supr. de testib. L. omnibus, C. eod.* † Restat, ut verum interpretem 5
esse stipulator, qui agit, probare debeat iuxta regulam iuris. *L. 2. supr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* † Probabit duobus a- 6
liis testibus, qui item periti sint utriusque linguæ, et dicant se interfuisse, cum stipulatio conciperetur eo modo, quo nunc concepta dicitur, et interpretem vere interpretatum esse, ut se nunc interpretari dicit. Plane si convenerit inter contrahentes, ut interpretis dicto staretur, conventio ex edicto servanda est. *L. iurisgentium. §. prætor, supr. de pact.* Huc pertinet illud, quod semel placuit, amplius displicere non posse. *L. Pomponius, supr. de neg. gest. C. quod semel, de reg. iur. in* 6. Ea res non impedit, quominus de mendacio interpretis quæri possit:
† non ut promissio retractetur, sed ut ille 7
mendacii convictus promissori damnetur in id, quod eius interest, quo nomine tenetur ei iudicio mandati, qui enim rogat, ut interpreteris, mandare intelligitur. De sententiis constitutum est has Romæ ferri oportuisse La-

Latina lingua. *L. decreta*, *supr. de re iu-*
8 *dic.* † quod an pugnet cum *L. iudices*, *C. de sent.* non est huius loci, ut dicamus; a me suo loco pluribus expositum est, idest,
9 ad eam *L. decreta*, † Nunc hoc tenebimus, decreta Romæ ferri oportuisse Latina lingua, utpote vulgo nota; nam de decretis Prætorum id dictum est, qui sunt urbani magistratus. Cur non idem placet in stipulatione? Differentiæ ratio hæc est. Stipulatio res est privati iuris contrahentium, utpote quam sibi conficiunt de re privata et familiari; ideo de ea statuere possunt, ut volunt, quorum in potestate fuit eam non contrahere, aut cum contracta esset, statim perimere. Ergo et his multo magis licere debet in ea conficienda adhibere interpretem, per quem si ipsius expedit, rem explicari, bene est: sin minus, de se quæri debent: et vere non intelliguntur fraudari, qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.* Sententia autem non privati iuris est, sed publici. Non enim litigatorum est tantum sententia, sed et iudicis, qui publico munere fungitur, atque adeo Reipub. cuius interest ab omnibus intelligi, qualem quisque sententiam ferat, cum ut mali improbari iudices metuant iniquas sententias ferre, quas sciant ab omnibus intellectum iri; tum ut bonas excipiant omnes, et cognitas conservent.

Ad L. Stipulationum. 2.

Paulus Libro XII. ad Sabinum.

Stipulationem quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt: veluti cum decem dari stipulamur. Quædam non recipiunt: ut in iis, quæ natura divisionem non admittunt: veluti cum viam, iter, actum stipulamur. Quædam partis quidem dationem natura sui recipiunt: sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quodlibet vas. Nam et si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est: sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est hæc stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari.

SUMMARIA.

1. *Stipulationis et verborum obligationis vis.*
2. *In verbis stipulationis quid spectetur.*
3. *Stipulationes, obligationes, actiones, an, et quomodo inter heredes pro portionibus hereditariis ex* L. 12. tab. *dividantur.*
4. *Monstrat usum quæstionis, quæ stipulationes divisionem recipiant, quæ non; et ordinem, quo in ea explicanda I. C. utitur, ostendit.*
5. *Quæ stipulationes in dando, quæ in faciendo consistant.*
6. *Faciendi verbo quid contineatur.*
7. *Stipulationes, quæ dicuntur Mixtæ, tertium genus non constituunt.*
8. *Quæ dicantur recipere partis præstationem.*
9. *Quæ huius generis sint stipulationes.*
10. *Qualis in rebus dividendis partium servetur ratio.*
11. *Utrum volente creditore; an etiam invito partium præstationem stipulationes recipiant.*
12. *Stipulationum dandi, quæ partium præstationem non recipiunt duo genera*, et n. 16.
13. *Cur inter stipulationes dandi referantur stipulationes servitutum.*
14. *Ususfruct. cur inter cæteras servitutes solus dividuus.*
15. *Omnes res incorporales esse dividuas, quæ pertinent ad percipiendum et consequendum id, quod natura dividi possit.*
17. *Stipulatio generis; plurium rerum certarum sub distinctione promissarum; sortis et pœnæ lege ipsa et conditione stipulationis divisionem seu partis præstationem non recipiunt: et cur.*
18. *Debitore hominis incerti partem Stichi solvente, ut stipulator adhuc totum hominem petere: ita promissor eam, quam solvit partem, ut indebitam, aut tanquam ob caussam datam caussa non secuta, condicere potest.*
19. *Verborum Pauli, In* pendenti *esse, explicatio.*

1 Et stipulationis, et verborum obligationis vis, quam hoc titulo quærimus in eo est, ut stipulator: itemque eius heredes consequantur a promissore itemque promissoris heredibus, quod ille stipulatus est. Ergo et quod in stipulatum deductum est, et quantum

tum, id illi consequi debent, hi præstare. Quid, et quantum id sit, quæritur. Minus haberet ea res difficultatis, si res ageretur semper in stipulatorem ipsum, et promissorem. Nam cum stipulator solus est, nemo ignorat solidum id eum consequi debere, quod est stipulatus; et cum solus est debitor, certum est eum solidum debere præsta-
2 re, quod promisit, † tantum de verbis stipulationis quæri potest, quid his contineatur, sive quantitas, sive species promittatur; et sive una, sive plures; et in pluribus sive hæ coniunctim promittantur, sive disiunctim. Ne in heredibus quidem ullam dubitationem res haberet, in quantum et stipulatoris heredes agere, et promissoris heredes conveniri possint, si iure perpetuo hoc uteremur, ut quemadmodum cæteræ res corporales hereditariæ, sic stipulationes, obligationes, et actiones omnes inter heredes dividerentur pro por-
3 tione hereditaria. † Nunc autem sic dividuntur ista inter heredes pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, si et dividi possint. Quod si stipulatio divisionem non recipiat, sive natura rerum id accidat, sive obligationis condictione, ius conditionem obligationis non mutat, eoque et quæ solida fuerat actio penes decessorem, eadem et solida transit ad heredes. *L. heredes*, §. *an ea*, *supra*, *famil. ercisc.* *L. viæ*, *supra*, *de ser.*
4 † Ex hac legis distinctione, quæstio nata est circa heredes, quæ stipulationes divisionem recipiant, quæ non recipiant. Hoc ipsum ut sciatur, pro parte illi, an in solidum, et quando vel agant, vel conveniantur, quæstio non admodum expedita: eoque varie, et multis locis tractata est disputationibus veterum; ex quo genere sunt hæc capita tria; quæ sequuntur, quibus huius quæstionis explicatio continetur: his adiungere oportebit *L.* 5. §. *ult. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *in L. exsecutione*, 85. *inf. eod.* Quia igitur Paulus, cuius hæc fere solida hoc loco disputatio est, de heredibus dicturus, quatenus hi ex stipulatione agant, vel conveniantur, ut indicat §. *ex his igitur*, *inf. ead. L.* intelligebat ex superiore lege rem positam esse in eo, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem recipiunt, quæ non recipiant: ideo ab ea quæstione statim exorditur: in qua explicanda hanc viam sequitur. Quoniam enim in hac re alia est conditio stipulationum dandi, alia stipulationum faciendi, idcirco hæc genera statim ab initio distinguit: quæ ita persequitur, ut in singulis doceat esse quasdam stipulationes, quæ recipiant divisionem, quasdam quæ non recipiant; et quæ sint, docet: ac ne qua sit confusio, de his ordine agit: prius de stipulationibus dandi, quod facit usque ad §. *ult.* huius legis, ut suo loco docebimus: posterius de stipulationibus faciendi, quod fit a §. *ult. usque ad L.* 5. *infra.*

Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt.) † In dando, quibus 5
stipulamur, ut quid detur: in faciendo, quibus stipulamur, ut quid fiat. *L. si stipulor*, 25. *infra*, *eod.* ut quid fiat, inquam, non detur. Sic enim ista in hac divisione opponuntur, ut placeat his verbis distinctas species significari. Est autem dare, dominium rei in aliquem transferre. *L. ubi autem*, 75. *ult. inf. eod.* † Ergo faciendi verbo ex insti- 6
tuto loquentis, et ista opponentis intelligimus quidquid ita fit, ut nulla res eo facto in stipulatorem transferatur: ex instituto loquentis, inquam, non verbi significatione, quam si sequi velimus, etiam qui dat, facit aliquid. *L. verbum facere*, *infra de verb. signif.* Sed non est novum, ut quæ, cum sola ponuntur, generalia sunt, ea ad speciem revocentur, quoties species certas et distinctas suis nominibus notare volumus, ut res intelligatur: ad quam nos necessitatem in omnibus artibus ac disciplinis cum docendi commoditas, tum verborum inopia adigere consuevit: declaratur id in usu iuris verbo adoptionis, cognationis, actionis, et aliis sexcentis. *L.* 1. *sup. de adopt.* *L. non facile*, §. 1. *L. Iurisconsultus*, §. 1. *sup. de grad. et affi.* *L. pecuniæ*, §. *actionis*, *inf. de verb. signifi.* §. *alio*, *Inst. quib. mod. test. infir.* Aliis verbis, eadem sententia dixit Iustinianus quasdam stipulationes continere res, quasdam facta. §. *ult. Inst. eod.* res intelligens eas, quæ in aliquem conferuntur. Atque ut hoc sensu nihil in his divisionibus redundat; sic nec plures sunt species stipulationum, si ea spectentur, quæ solent in stipulationem deduci: ut proinde nec illis divisionibus quidquam desit. Sunt quidem stipulationes quædam in non faciendo, de quibus agitur in hac *L.* §. *ult. et LL. sequentibus*, sed nihilominus et hæc a Paulo dicuntur in facto esse *d.* §. *ultim. ead. L.* et Iustinianus in *d.* §. *ult. Inst. eod.* factis subiicit, si stipulemur fieri aliquid, vel non fieri. Et recte. Nam hoc ipsum non agere, non prohibere agentem, dolum non admittere, et generaliter non facere, facere est, quoniam in his omnibus et similibus qui non facit, sibi imperat, et se continet, ne faciat.
† Sunt et quædam stipulationes, quæ dicun- 7
tur mixtæ, partim in dando, partim in faciendo. *L. veteris*, *C. de cont. stip.* Sed non ita dicuntur mixtæ, ut efficiatur tertium genus, quod neque sit in dando solum, neque solum in faciendo, sed quiddam tertium duobus

bus conflatum, et permixtum: verum ideo, quia una conceptione verborum deducantur in stipulationem simul res, et facta, idest, ut quid detur, et ut quid fiat: cæterum res, quæ dari debent, distinguuntur a factis, et facta a rebus, de quibus singulis etiam idem ius est, quod futurum esset, si diversis stipulationibus promissa essent: ut perinde sit, quasi in ratione iuris duæ sint stipulationes, una dandi, altera faciendi: ut puta, qui promittit se rationes redditurum, duo promittit, et se inspiciendarum rationum; ac subducendarum potestatem facturum, et præterea reliqua se soluturum: ut quemadmodum duæ res distinctæ hic promittuntur, sic quodammodo vi ipsa duas stipulationes esse dixeris. Non enim hic confunditur exhibitio rationis cum reliquorum præstatione; neque solutio cum exhibitione; sed per se utrumque separatim præstandum est. Ex quo intelligitur et in his stipulationibus vere dici, etiam has ipsas aut in dando consistere, aut separatim in faciendo, quod hoc loco intelligi ad institutum Pauli, et ad ius istarum partium explicandum est satis.

Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt; veluti cum decem dari stipulamur.) Locus postulat, ut explicetur, quæ dicantur recipere partis præstationem: tum quæ sint stipulationes huius generis, posteaquam Paulus rem solum exemplo declaravit: deinde in hac partium præstatione qualem partem, et qualem divisionem intelligamus: postremo quoniam istæ dicuntur recipere partis præstationem, quo sensu dicantur recipere, utrum volente creditore, an etiam invito.
8 † Et dicuntur hoc loco stipulationes recipere partis præstationem, quæ natura pariter, et iure recipiunt: natura, ut in his eæ res sint, quarum pars natura intelligatur, et possit præstari: iure, ut hæ ipsæ sic promittantur, ut nihil obstet obligationis conditio, quominus parte rei promissæ præstita debitor liberetur, ac reliqua tantum pars obligationi supersit, ut significat Ulpianus in *L.* 9. §. *ult. infra de sol.* Idque ipsum hoc ipso in loco ex hominis generaliter promissi exemplo satis intelligitur: hominem constat natura recipere partis dationem: atqui stipulatio hominis generaliter promissi, de quo hic Paulus, non recipit; eximit enim eam ab hoc genere primo, cum negat parte hominis soluta debitorem pro ea parte liberari, quia obstet ius et conditio obligationis.
9 † Sunt autem huius generis, quod secundo loco spectandum est, non certæ tantum quantitatis stipulationes, quo exemplo Paulus utitur, sed stipulationes omnes dandi, exceptis quatuor, de quibus proximo versu dicemus: nempe recipiunt partis præstationem tum certæ quantitatis, tum certi cuiuslibet corporis stipulatio *d. L.* 9. §. *ult. inf. de solut.* sed et stipulatio plurium generum, idest, plurium rerum sub appellatione generis promissarum, ut cum promittuntur decem boves. *L. in stipulationibus.* 54. *infr. eod.* quippe insunt in his omnibus res corporales, quæ ut tangi, sic et natura dividi possunt. Nec vero obstat quidquam stipulationis conditio, quominus pars earum rerum recte solvatur; non enim periculum est, ne si partem præstando promissor liberetur, aliis partibus postea separatim solutis, non consequatur stipulatus est; de qua ratione in contrariis generibus postea dicemus. Eodem numero habentur et rerum incorporalium stipulationes, cum iura stipulamur, si modo ea sint, quæ pertineant ad res corporales percipiendas, ut ususfructus, actiones certæ pecuniæ, hæreditas, et similes, de quibus dicetur in §. *seq.* † Sed etsi hæ stipula- 10
tiones pariter divisionem, et partis præstationem recipiunt: non tamen eadem in omnibus dividendis partium ratio servatur, quod tertio loco quærebamus. Quædam res dividuntur numero, quædam corpore; numero omnis summa, et res omnes, quæ pondere, numero, aut mensura constant: similiter et genera plura. Decem promissa sunt: non singula corpora nummorum dividuntur, sed divisio est in quina, et quinque solutis ab uno ex heredibus is in ea quinque in totum liberatur. *L. cum Stichus.* 29. *in fin. infr. de solut.* Idem est et cum plures res quarum singulæ per se certam speciem constituunt, infinite seu generaliter promittuntur, ut decem homines, decem boves. *d. L. in stipulationibus infr. eod.* Corpore divisio fit, cum aut corpus unum aliquod certum promittitur, aut plura quidem, sed quæ certa specie continentur, nec in suo genere functionem recipiunt, ut, si Stichus promittatur, aut Stichus et Pamphilus. In quibus ideo corpore fieri divisionem dicimus, quod singula corpora, etsi plura promissa sint, dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis *d. L. cum Stichus*, §. *ult. de solut.* vide plura ad *L. in stipulationibus infr.* Partes autem corporum, non divisas intelligere debemus; sed indivisas, idest, quæ, quamvis corpore integro rei manente, intelligantur tamen; unde constare dicuntur intellectu magis, quam corpore *L.* 5. *infr. de stip. serv. L. mævius*, §. *duorum*, *sup. de legat.* 2. eæ sunt, quæ inter socios habentur in rebus communibus, quarum effectus in percipiendis pro parte commodis, et sustinendis pro parte incommodis cernitur, de quibus nihil planius aut verius dici potest, quam quod scriptum est hoc loco a Franc. Duare-

11 reno. † Quod reliquum est, quod dicitur has stipulationes partium præstationem recipere, bene monent vulgo sic accipi debere, si creditor partem oblatam admittat, non si recuset. Nam præter quam quod iniquum est cogere creditorem in solutione quidquam admittere, quod ei damnosum sit; *L. Paulus.* 9. *infr. de solut.* quale est cum particulatim illi solvitur: *L.* 5. *supr. fam. ercisc.* etiam verbum præstationis, quo Paulus hic utitur, id satis significat. Non enim fit præstatio natura, nisi volenti. Invito quidem pars offerri potest: at præstari invito per rerum naturam non potest; non est enim præstatio sine accipiente uti nec donatio, de qua isto ipso modo scribit Cic. in Topic. *Scio a nonnullis contra disputari, eoque postulabat hæc quæstio longiorem orationem.* Sed si quis etiam nostra de eadem re desiderat, expositus est a me hic locus pluribus ad L. *quidam supr. si cert. pet.* ut eo loco, in quo velut ex professo de ea quæstione agi videbatur; non necesse est eadem hoc loco inculcari fortasse alienius.

Quædam non recipiunt.) Quæ stipulationes dandi partium præstationem non recipiant,
12 docet. † Earum facit duo genera, ut et revera sunt duo. Quædam natura tales sunt, quædam stipulationis lege et conditione. Natura eæ, quæ sunt earum rerum, quæ res sua natura dividi non possunt. *L. stipulationes non dividuntur.* 72. infr. huius generis res sunt, servitutes omnes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum; de rusticis hic scriptum est exempli loco; de quibus idem in *L. viæ, supr. de servit.* de omnibus servitutibus prædiorum idem definitum est in *d. L. stipulationes non dividuntur.* Ex servitutibus personalibus etiam usus est indivisus. *L. usus pars, supr. de usu et hab.* ususfructus divisionem recipit, potestque constitui non pro parte rei tantum divisa; sed etiam indivisa. *L.* 1. §. *si ususfructus, supr. ad L. Falc.* *L.* 5. *supr. de usufr.* Nam quod in *L. stipulatione non dividuntur*, generaliter dicitur servitutes non recipere divisionem, constat eo sensu dictum esse, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolute servitutes dicuntur, ut in *L.* 4. et pene *toto tit. supr. de servit.* et §. *ult. Inst. de*
13 *usu, et hab.* † Non est autem mirum, si inter stipulationes dandi, de quibus hic agit Paulus, refert stipulationes servitutum. Nam et servitutes res sunt, quæ suo quodam modo et tradi possunt, et traditæ dari, idest, in accipientem transferri intelliguntur. *L. quoties*, 2. *sup. de servit.* *L. si unus, supr. de*
14 *ser. rust. præd.* *L.* 3. *supr. de usufruct.* † Sed cur cæteræ servitutes indivisæ, usufructus dividuus est, cum pariter omnes sint incorporales, nec quidquam sit in his, quod natura possit dividi? Quia istæ res non ex eo, quod sunt natura (secundum quam nihil sunt, intelliguntur tantum) sed ex eo, quod ex his iure percipimus, æstimantur. Omnes servitutes in usu sunt, nempe in eo, ut alieno utamur, aut dominum suo arbitrio utentem prohibeamus. Sed quædam hoc in usu terminantur; quædam progrediuntur longius, et huc spectant, ut utendo etiam fruamur, idest, fructum, rem per se corporalem et dividuam, acquiramus. Quæ usu et facto terminantur, qualis est via, iter, aquæductus, et cæteræ prædiorum servitutes, dividi non possunt, quia usus earum, ex quo æstimantur, est indivisus. *L. viæ, supr. de ser.* nam nec quandiu imus, sic itionem et gradum temperare, aut suspendere possumus, ut partim ire, partim non ire videamur. Si imus, sine exceptione imus: si non imus, in totum verum est nos non ire. Postquam autem ivimus, egimus, nihil inde relinquitur; nam et factum abit, nec ulla res inde acquiritur, quæ sub sensum cadat, et possit dividi. Eadem ratio est usus, qui est servitus; nam et hic in sola rei tractatione, et necessario usu positus est, post quem nihil est, quod usuario ad compendium relinquatur. *L. plenum*, §. 1. *sup. de usu. et hab.* Quod si qua servitus posita sit in fruendo, idest, sic in utendo, ut tamen ad compendium uti liceat, id est, fructus inde pro arbitrio percipere: uti res sunt, quæ inde percipiuntur, ita existimatur esse servitus, fructus dividi possunt: proinde et ius fructuum percipiendorum; ac talis est ususfructus. Inde dividuus, qui et ab eo constitui possit, qui cum alio fundum communem habet. † Quo exem- 15
plo recte cum Egu. Barone definiemus, omnes res incorporales esse dividuas, quæ pertinent ad percipiendum et consequendum id, quod natura dividi possit: quales sunt actiones, quibus pecuniam, aut speciem aliquam petimus; item hereditas. Ideo actiones dividuntur inter heredes. *L. ea quæ, C. fa. erc.* dividitur et hereditas *L. quoties*, 9. §. *hered. supr. de her. Inst.* † Lege ipsa et con- 16
ditione stipulationis, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem non recipiant, docet Paulus in illis verbis: *Quædam partis quidem dationem natura sui recipiunt*; et deinceps. Eæ sunt autem, si de omnibus una definitione dicendum est, quibus ita res una aliqua, quamvis corporalis et natura dividua deducta est in stipulatum, ut potestate stipulationis electio promissori tribuatur, ex pluribus utrum hanc, an illam præstet; sic tamen, ut unam saltem præstare debeat. † Quod 17
ac-

accidit in tribus generibus stipulationum: in stipulatione generis, sive ea qua hominem, lancem, aut res similes generaliter stipulor: in stipulatione plurium rerum certarum sub distinctione promissarum; ut Stichum aut Pamphilum dabis? tum in stipulatione sortis, et pœnæ, quarum de duabus prioribus hic agitur, de tertia in *L. 5. §. ult. infr. eod.* Ac cur non recipiunt hæ stipulationes divisionem prohibente conditione obligationis, hæc ratio est, quæ in stipulatione generis hoc loco exposita, ad omnes superiores species, quarum eadem natura est, transferri debet: quod si parte unius rei soluta, debitor pro ea parte liberetur, stipulationi satis non fit: idest, ut ipse alibi interpretatur, non consequitur stipulator, quod stipulatus est. *L. in exsecutione, §. pro parte, inf. eod.* Et cur non consequatur etiam ibidem scribit: *quoniam isto modo*, inquit, *in diversis rebus partes solverentur.* At cur solverentur, inquam? deinde cur his ita solutis non consequatur stipulator, quod stipulatus est, seu quod conditione obligationis præstari debuit? Et prius quidem efficitur electionis iure, quam stipulatio in his generibus tribuit. Nam si promissori parte soluta, pro ea parte liberatio contingit, eveniet, ut possit et alterius rei partem præstando liberari, qui ex stipulatione non partem certæ rei, et eius cuius partem iam solvit, debuit, sed partem hominis in genere, aut partem Stichi, aut Pamphili, utrum maluerit. Ita fiet, ut liberetur, non unam rem præstando, sed duarum diversarum rerum partes. Atque hinc consequens illud, quod proposuit, non satisfieri stipulationi, seu non consequi stipulatorem, quod stipulatus est. Quippe rem unam aliquam, puta hominem vel Stichum, vel Pamphilum stipulatus est, et quemcumque eliget debitor, unum certe ex conditione et lege stipulationis præstare debuit: duorum autem hominum partes, unum hominem non efficiunt, sicut nec duaram aliorum rerum partes, rem unam. Ex quibus efficitur, eum, qui ista ita debuit, conditione stipulationis impediri, quominus unius rei parte soluta ante liberetur, quam reliquas eiusdem rei par-
18 tes solverit. † Quid igitur hominis parte soluta interim fiet? nempe hæc sunt consequentia; quod ad stipulatorem attinet, potest ille adhuc totum hominem petere, id enim futurum erat, si nihil omnino ei solutum esset, quod et nunc contingit, quæ illatio est apud Ulpianum in *L. 9. §. ult. in fin. infra, de solut.* Quod autem attinet ad promissorem, potest is repetere eam partem, quam solvit: quod hic Paulus posuit. Nam si debitor pro ea parte liberatus non est, ea pars debita non fuit: alioqui eius solutione liberatus esset, siquidem in solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. Tit. *quibus mo. tol. obl. in pr.* si pars indebita soluta est, locus est indebiti condictioni. *L. 1. quod indebitum, sup. de cond. inde.* Non male etiam dicetur eam partem condici posse, tanquam ob caussam datam caussa non secuta. Pars enim ob eam caussam data erat, ut eatenus promissor liberaretur, quæ caussa secuta non est. Sed addit Paulus de hac parte, quod cum prioribus non videatur satis coherere: ait enim hanc aut statim repeti posse: aut in pendenti esse, do-
nec alius homo detur, † idest, interim eam 19
repeti non posse, sed repetitionem pendere in id tempus, donec alius detur. In quo iam non tam non coherentia, quam secum plane pugnantia loqui videtur. Nam si ea pars statim repeti potest, non pendet eius repetitio: si pendet, donec alius homo detur, non potest statim repeti. Et negari non potest esse hæc pugnantia, siquidem a Paulo dicerentur absolute; ac sine ulla conditione. Nunc autem dicitur utrumque sub conditione contraria. Quod enim ille scribit partem hanc in pendenti esse, donec alius detur, his verbis continetur hæc conditio, si alius non detur. Ex quo intelligi debet, quod prius dixerat eam partem statim repeti posse, id accipi debere dictum esse sub contraria conditione, si quidem alius homo detur. At hic etiam nobis occurritur: alterutrum enim necesse est, promissorem pro ea parte quam solvit, aut liberatum esse, aut non esse: Si liberatus est, pars soluta repeti non potest, neque statim, neque unquam postea; apparet enim debitam fuisse, si eius solutione debitor est liberatus, debita repeti non potest. Quod si promissor liberatus non est pro ea parte, ea statim repeti potest; quamvis alius homo non detur, apparet enim hoc modo istam indebitam esse. Et hæc omnia recte colliguntur, si constaret horum alterutrum, debitorem nimirum pro ea parte, aut liberatum esse, aut non esse. Sed utrumque apud nos incertum est, atque adeo utrum fiat, pendet ex naturæ eventu; eo etiam in pendenti est repetitio, de qua nihil nisi ex eo eventu statuere, aut affirmare possumus. Nam si promissor eiusdem hominis alteram partem solvat postea, pro utraque parte liberatur: ita posterior solutio declarat priorem partem fuisse debitam. *dict. L. 9. in fi. infra, de solut.* contra si promissor priore voluntate mutata, alium hominem solvat, apparet, ex eventu eum pro ea parte non esse liberatum: proinde et priorem partem indebitam fuisse ut declaratur in L. *si non sortem, §. si decem, supra, de cond. ind.*

ind. Recte igitur Paulus ait in pendenti esse repetitionem, donec alius detur, quod si statim detur, etiam partem ante solutam statim repeti posse.

Eiusdem conditionis est hæc stipulatio, Stichum aut Pamphilum dabis?) Stichi parte soluta ex caussa huius stipulationis, si promissor pro ea parte liberatur; electio rerum, quam hæc stipulatio itidem ut superior tribuit, facit, ut idem incommodum in solutione metuamus, quod in illa stipulatione generis, ut supra ostendimus: faciet igitur et conditio stipulationis eadem, ne promissor pro ea parte liberetur; ex quo et illa consequentia de ea parte, quæ supra diximus.

Ad §. Ex his igitur.

Ex his igitur stipulationibus, nec heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quandiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur: ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via: heredes promissoris singuli insolidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit, repetitionem habebit a coherede familiæ erciscundæ iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris, viæ, vel itineris heredes singuli insolidum habeant actionem. Sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant: quia per singulos acquiri servitus non potest. Sed non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

SUMMARIA.

1. *Quatenus ex stipulatione generis et alternativa heredes agant, vel conveniantur.*
2. *Generalem esse Pauli definitionem; ex persona heredum conditionem obligationis non immutari, pariterque ad omnes obligationes, tam dividuas, quam individuas, pertinere.*
3. *An in heredibus legatarii, cum alter partem suam acquirere, alter repudiare aliter atque legatarius possit, obligationis conditio immutari dicatur.*
4. *Quid in heredibus eius, cui humanitatis ratione beneficium tribuitur.*
5. *Ex stipulationibus, in quibus res promissa natura divisionem non recipit, promissoris heredes in solidum singuli tenentur.*
6. *Quomodo ab uno ex heredibus promissoris utiliter solida servitus peti possit; et quis huius petitionis exitus.*
7. *Quomodo in æstimationem damnari possit, qui servitutem debet.*
8. *Singuli heredes stipulatoris solidam servitutem petunt: et quæ huius iuris ratio.*
9. *Ius diversum in promissoris et stipulatoris heredibus circa æstimationem servitutis præstandam, et auferendam.*
10. *Illustratio* §. An ea, in L. heredes, *supra*, Fam. erc.
11. *Sensus verborum Pauli*: Non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

PRæfatus Paulus, quæ stipulationes dandi divisionem non recipiant, ingreditur quæstionem de heredibus, quam illi dixi propositam, et propositam esse ex hoc loco ap-
1 paret. † Sic ergo definit; si ex his stipulationibus etiam proximis, quamvis natura rerum recipiant partis præstationem (stipulationem intelligit generis, et alternativam; nam de stipulatione servitutis postea separatim subiicit: et præterea non cadit in servitutem, ut pars eius solvi possit; quam tamen solutionem partis hic statuit) ex his, inquam, si promissor ipse partem rei solvendo pro ea parte non liberatur; ne heredes quidem promissoris pro parte solvendo liberari possunt prius, quam omnes eandem rem præstiterint. Obstabat huic sententiæ lex duodecim tabularum, qua lege obligationes et actiones hereditariæ dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea, quæ, C. fam. erc. L. heredes*, §. *an ea, supra, eod.* Ideo huic obiectioni occurrit Paulus subiecta ratione: *non enim*, inquit, *ex persona heredum conditio obligationis immutatur*; quod perinde valet, ac si diceret: dividitur quidem ex lege duodecim tabularum obligatio inter here-

des, sed ita, si promissor partem dando potuit pro ea parte liberari; quod si id promissor non potuit, ne heredes quidem eius poterunt; quoniam ex persona heredum non immutatur conditio obligationis. Sententia Pauli de stipulatione inter heredes non dividenda, quæ in promissore partis solutionem non recipit, certa est: in quam et alii loci iuris consentiunt. *d. L. heredes*, §. *an ea*, *supr. fam. erc.* De ratione, qua utitur, ambigi solet, uum nam ita accipienda sit, uti ab illo
2 concepta est. † Generaliter ille definit, ex persona heredum conditionem obligationis non immutari. At hoc in dividuis stipulationibus falsum videtur: veluti cum pecunia promissa est, vel certa species una, aut plures coniunctim, in quibus hæc conditio est obligationis, ut promissor in solidum teneatur; heredes solum pro portione hereditaria: quo modo quis non iudicet ex persona heredum, conditionem obligationis immutari? hoc vero dum negare non audent, non tantum vulgares interpretes plerique, sed etiam ex doctissimis nonnulli, admonent hic generalem regulam non tradi, sed de obligationibus tantum his, quæ in persona promissoris divisionem non recipiunt, de quibus hoc loco Paulus agit, quasi ille ita scripsisset: non enim in his generibus, de quibus agimus, idest, stipulatione generis, et alternativa, et similibus ex persona heredum conditio obligationis immutatur: sentientes in aliis, in quibus defunctus pro parte solvendo liberari potuit, idest, dividuis, ex persona heredum conditionem earum immutari posse. Sed de iure et conditione heredum paulo post: ante, si placet, paucis et verba superioris sententiæ, et genus argumentandi Pauli consideremus. Quam multa sunt in utroque suscipienda, quæ sint indigna, non dico Paulo, sed etiam quovis triviali scriptore, si superiorem interpretationem recipimus? Is ita definit: *non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur*: cur non addidit in his obligationibus? quia de his agebat, inquies: certe in superiore definitione agebat: at in ratione qua utitur, incertum, utrum idem sentiat, nisi nominatim addiderit: quia nihil vetet rationes propositione sua esse generaliores. Cur addidit in priore definitione, ex his igitur stipulationibus: in ratione, in qua maxime conducebat id explicari, prætermisit? sed hæc leviora. At quid de genere argumentandi dicemus? Ille ratione utitur ad probandum, quod de obligatione inter heredes non dividenda dixerat. Et quodnam tandem genus argumenti, et rationis hoc erit, si ut illi volunt, ita superiorem definitionem interpretamur? Nempe hoc: ideo in his obligationibus heredes pro parte solvendo non liberantur, non magis, quam defunctus; quia in his non alia est conditio heredum, quam defuncti. Ridicula plane et inepta ratio, et ad id probandum, quod propositum est inutilis: non solum quæ generalis non sit, sed etiam quæ sit eadem cum propositione, et ea quæ inter notissima vitia argumentationum nominetur petitio principii. Si hanc tantum rationem Paulus dicit in his obligationibus individuis non immutari ex persona heredum conditionem obligationis; hoc amplius quæram, quamobrem in his obligationibus non immutatur conditio obligationis ex heredum persona, potius quam in aliis individuis? cur cum heredes ubique heredes sint, et in ius ac locum defuncti succedant, in quibusdam eodem iure et conditione utentur, in aliis non utentur? Ita ratio erit, quam ipsa propositio incertior, citiusque, quam propositio, alia ratione debuit confirmari. Hoc ita est, si quid hanc rationem efficere volumus, generalem esse oportet, et ita statui, in omnibus obligationibus, qualescunque sint, ex persona heredum non immutari conditionem obligationis; sic deinde recte colligetur: ergo nec in his de quibus agitur, nec in eo, de quo quæritur, idest, in partis solutione, ea conditio immutabitur, quæ apud defunctum fuerat. Sed cur dubitamus id statuere, cum ius et nomen heredis id a nobis exigant? Quis est enim heres? qui in locum et ius defuncti succedit; qui eius partibus fungitur; qui eodem iure per omnia utitur. *L. quædam*, §. 1. *supr. de eden. L. qui in ius*, *infr. de reg. iur.* §. *ult. Inst. de loc. et cond.* Denique qui eandem personam sustinet cum defuncto. *novell. de iureiu. a mor. præst.* §. 1. Quid est autem heredum eundem locum, idem ius et partes, eandem personam esse: nisi hoc, quæ conditio iuris in persona defuncti fuerat, eandem esse omni ex parte, et in persona heredum? quod si eadem, an dubitamus pronunciare eam ex persona heredum non immutari? Non immutatur igitur ullo in genere obligationum ex persona heredum conditio obligationis: quod non solum hoc loco generaliter positum est a Paulo; sed etiam Ulpianus eadem servata generalitate sententiæ usurpavit in *L. prætoriæ*, §. 1. *infra*, *de præt. stip.* nec profecto minus verum est, quam omnes verum esse fatentur illud, quod de successione in locum et ius defuncti diximus. Neque vero quidquam est ex iis, quæ vulgo contra afferri solent, cur hanc sententiam mutare debeamus, si quis singula paulo attentius expendet. In obligationibus certæ speciei et summæ, inquimus, promissor

sor in solidum tenetur, et ita tenetur, ut nec partem invito creditore possit solvere: heredes solum tenentur proportione hereditaria. Hoc vero non est immutare conditionem obligationis ex persona heredum; sed maxime conservare: ideo enim et promissor tenetur in solidum, quia solidum debuit: heres pro parte, quia partem debet, pro qua scilicet est heres: hactenus igitur utriusque par conditio, quod uterque præstat, quod debet, non amplius, contra quam rationem si ab uno ex heredibus exigatur solidum, cum pro parte tantum heres fuerit, immutatur potius conditio obligationis, quæ in persona defuncti fuerat, utpote a quo nihil amplius exigebatur, quam quod debuit. Demus tamen ex persona cuiusque heredis conditionem obligationis in eo immutari, quod promissor solidum debuerit, singuli heredum partem duntaxat: nihil hoc adversus superiorem definitionem, qua non traditur conditionem obligationis non immutari ex persona cuiusque heredis, sed ex persona heredum: non est iniquum conditionem obligationis immutari ex persona unius heredis, ne unus ex multis tantum præstet, quantum defunctus, qui solus debitor fuit, imo vero ita factum oportuit, absurdum sit enim unum heredem teneri in solidum tanquam heredem, qui solum heres sit pro parte: solum id cavendum est, ne immutetur conditio obligationis ex persona omnium heredum, hi enim demum coniuncti in solidum defuncti personam sustinent, omniumque in eo numerus pro singulari persona habetur, ut est in *L. cui fundus, in fin. de cond. et demonst.* Proinde si omnibus his solventibus consequitur stipulator, quod stipulatus est, tum obligationi satisfit, servaturque conditio obligationis in persona heredum. Quod si omnibus partes solventibus non consequatur stipulator unum hominem, quem stipulatus est, quod fit cum partes a singulis solvuntur in diversis hominibus: hic demum evenit, ut dicatur conditio obligationis immutari ex persona heredum; quia non singulorum heredum, sed omnium simul, seu universorum persona inspecta immutetur. Id vero est, quod fieri non posse dicimus, et in quo conditione obligationis ex persona heredum non posse immutari hæc definitio significat: quo nihil verius, pariterque ad omnes obligationes tam dividuas, quam individuas pertinet. Reliqua sunt expeditu facillima, quæ
3 contra dici solent. † Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes eius possunt, ut alter partem suam acquirat, alter repudiet. *L. legatarius, 37. supra, de leg.* 1. nihil hoc ad definitionem, quæ conditionem obligationis immutari vetat; cum in specie legati proposita ea conditio non immutetur, immutatur quidem petitionis conditio ex persona heredum legatarii, eiusdemque creditoris; sed manente semper eadem conditione obligationis adversus debitorem, quæ futura esset, si legatarius adhuc viveret. Immutaretur ex istorum persona obligationis conditio, si aut ipsis universis constitueretur minor obligatio legati, quam fuisset in persona defuncti, aut ex ipsorum persona augeretur obligatio debitoris, ut plus his deberet, quam legatario. Nunc autem nihil horum in proposito accidit. Sive enim universi legatarii heredes legatum pariter repudient, aut agnoscant, eadem semper obligatio manet debitoris, quæ prius fuerat, non enim aliter tenetur heres, quam si legatarius vivus legatum itidem solidum repudiaret, aut agnosceret: sive unus ex heredibus legatarii legatum acquirat, alius repudiet, non ideo augetur debitoris obligatio, sed minuitur potius, sed nec minuitur ius obligationis heredibus legatarii invitis, quorum omnium in potestate fuit legatum agnoscere, quin volentes ius suum recte remittant, nulla dubitatio est, sed hoc ad minuendam eorum obligationem, aut augendam obligationem debitoris nihil pertinet. Etsi igitur mutatur hic forma acquirendi aut repudiandi legati ex persona heredum: non ideo tamen ullo modo concedendum est immutari conditionem obligationis legati vel legatarii heredibus, quibus tantundem debetur, quantum legatario si viveret; vel debitori, qui non ideo quidquam amplius debere incipit. Cur ergo in persona legatarii non scinditur legati petitio: ex persona heredum scinditur, si quis roget, dicendum est id fieri non ex conditione obligationis, quæ in legatario alia sit, et alia in eius heredibus, sed ex incostantia legatarii, quam in re sibi delata partim agnoscenda, partim repudianda adversus iudicium defuncti leges non ferunt: hæc in legatario est, cui solidum legatum relictum est si pro parte id agnoscat, pro parte repudiet, cum possit aut totum acquirere, aut totum repudiare. Ea in heredibus legatarii nulla est, si quanta pars singulis delata est, tantam singuli aut agnoscant in totum, aut in totum repudient: quamvis quibusdam partem suam agnoscentibus, alii suam repudient. Neque enim est in potestate cuiusquam eorum efficere, ut cum ipse suam agnoverit, alius item suam agnoscat, aut contra. † Illud palam est superiori definitioni 4
non adversari, quod quæ beneficia personalia tribuuntur promissori, omnique debitori ea non tribuuntur eius heredibus; veluti ne ma-

maritus in repetitione dotis damnetur, nisi in id quod facere potest. *L. maritum, supra, sol. matr.* Sunt enim hæc beneficia personæ, non obligationis, sic enim tribuuntur, ut debitor humanitatis aut pietatis ratione his uti possit: cæterum iure nihilominus solidum debeat. *L. quia tale, sup. sol. mat. L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. act.* Quo fit, ut si ab heredibus solidum exigatur, dici possit personarum beneficium una cum earum qualitate et ratione mutatum esse; non etiam mutata conditio obligationis, quæ et in promissore fuerit eadem, si nihil amplius in eo spectaretur, quam ius ipsum obligationis. Teneamus igitur vere hoc definiri in omni genere obligationum, nunquam ex persona heredum conditionem obligationis immutari.

Et ideo si divisionem) Ut in obligatione generis et alternativa promissoris heredes ex lege quidem duodecim tabularum non nisi pro parte tenentur, hanc tamen solvendo non prius liberantur, quam si omnes eandem rem solverint, idque consequens est superiori definitioni, quia nec promissor ipse pro parte solvendo aliter liberari posset:
5 sic † in iis stipulationibus, in quibus res promissa natura divisionem non recipit, veluti via, et illud eidem definitioni consequens est, non iam heredes pro parte solvendo statim liberari posse, sed ne partem quidem viæ posse præstare, ut quæ divisionem non recipiat, eoque etiam singulos eo nomine in solidum teneri: scilicet quia et promissor, solidam servitutem debuit, et ita debuit, ut nec partem præstare posset, si vellet: nec vero ex persona heredum conditio obligationis immutatur: quæ Pomponii sententia est relata in *L. viæ, supra,*
6 *de servit.* † Ergo stipulator viæ a singulis promissoris heredibus, quibus libebit, solidam viam petere potest. Imo stipulatio corrupta est, dixerit aliquis, quia deducta sit in eum casum, a quo incipere non potuit. Sed hoc non placuit, cum aut stipulator viæ, aut promissor decessit relictis pluribus heredibus: quamobrem, dicetur suo loco, *L. pluribus, §. 1. infr. eod.* Sed et alia ratione, dicat quispiam, quamvis stipulatione manente inutili; petitio sit servitutis ab uno ex heredibus, frustra enim ab eo petatur, si eam præstare non potest: constat autem unum ex pluribus dominis servitutem, etiam si velit, fundo communi imponere non posse. *L. si quis duas, §. 1. supra, commu. præd.* Sed non ideo petitio inutilis. Primum hæc ad hoc proderit, ut excitatus heres conveniat cæteros coheredes suos, quo consentiant de servitute imponenda, quod si faciant, recte simul servitutem cedent. *L. per fundum, sup. de ser. rust. præ. L. ult. sup. com. præ.* ad eos autem interpellandos si heres conventus spatium petet, impetrare debet. *L. fideicommissa, 11. §. si in opere, sup. de leg. 3.* Quod si heres is, a quo servitus petitur, aut coheredes non interpellat, aut interpellati servitutem non cedunt; sine dubio solus, qui convenitur, servitutem imponere non poterit, frustraque damnetur, ut eam cedat, sed æstimationem servitutis potest præstare: in hanc vero condemnabitur, ut significatur in *L. heredes, §. contra, sup. fa. erc.* significat et hoc loco Paulus, cum ait fore, ut quo casu unus ex heredibus condemnatus solidum præstiterit, repetat a coheredibus iudicio familiæ erciscundæ solidum cum dicit, non intelligit solidam servitutem, neque enim imponere unus heres potuit, restat, ut æstimationem intelligat, quam singuli de suo possunt præstare. † 7
Sed quomodo in æstimationem damnari potest, qui servitutem debuit: non æstimationem? Qui rem aliquam certam debet, hanc ipsam præstabit, si potest: si non potest, neque per eum stat, quominus præstet, ita in eam non tenetur, ut nec teneatur in æstimationem. *L. in ratione, §. incertæ, sup. ad leg. fal.* De re non tenetur, qui hanc præstare non potest; impossibilium enim nulla obligatio est. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* Non tenetur in æstimationem: quia rem promisit, et debuit, non æstimationem: Dicendum est, cum per aliquos coheredes stat, quominus servitus cedatur, id factum cæteris nocere debere, quia obligatio a defuncto descendat, qui ex unius facto obligare potuit cæteros: ideo omnes quasi ex facto suo, aut defuncti in æstimationem eius rei, quam culpa sua non præstent, merito condemnari Arg. in *L. inter, §. quod ex facto, sup. fa. erc.* de quo plura ad *§. ult. inf. ead. L.* Sed quoniam iniquum est cæterorum coheredum facto unum onerari, ideo placet, quod unus præstiterit, id eum a coheredibus repetere posse, in eamque rem esse iudicium familiæ erciscundæ: hoc potius, quam negotiorum gestorum, quia is necessitate obligationis hereditariæ coactus, non sua voluntate solverit. *L. heredes, §. si unus, sup. fa. erc. L. 6. §. 1. sup. com. divid.*

Ex quo quidem accidere Pomponius ait) Si promissore vi pluribus heredibus relictis defuncto singuli heredes in solidum viam debent; recte hinc effici putavit Pomponius, † si stipulator viæ decesserit pluribus relictis heredibus, etiam singulos eius heredes in so- 8
li-

solidum habere actionem. *L. viæ, sup. de ser.* Utrobique eadem ratio est, atque adeo in heredibus stipulatoris maior. Promissor viæ partem viæ præstare non potuit: ideo heredes eius nec partem præstare possunt; quia in ius idem succedunt: proinde et stipulatoris heredes singuli solidam viam petent; quia stipulator ipse non nisi solidum petere, et consequi potuit, et heredes hic quoque in ius idem succedunt. Hactenus amborum par ratio: in eo etiam in stipulatoris heredibus maior: quod heredes promissoris servitutem aut æstimationem eius præstando faciunt deteriorem conditionem tum suam, tum coheredum: heredes autem stipulatoris servitutem acquirendo faciunt conditionem et suam, et coheredum meliorem: facilius autem recipitur, ut quis conditionem vel suam vel aliorum meliorem faciat, quam ut faciat deteriorem. *L. solvendo, sup. de neg. gest.* Sed hoc casu, inquit Paulus, quidam putant inutilem fieri stipulationem.: hoc casu, idest, cum stipulator decessit relictis pluribus heredibus. Cur hoc casu dixit potius, quam cum promissor pluribus heredibus relictis decessit: cum constet nihilominus promissoris heredes pro parte imponere posse servitutem, quam heredes stipulatoris pro par-
9 te acquirere? † Quia promissoris heredes etsi servitutem ipsam singuli præstare non possunt, possunt tamen præstare æstimationem, et quidem in eam condemnantur, ut supra dixi, quia et possunt: ut hac ratione nunquam fiat stipulatio agenti inutilis. At heredes stipulatoris præter quam quod servitutem pro parte acquirere non possunt, nec æstimationem possunt auferre a promissore, cum per eum non stat, quominus præstet servitutem, sed per ipsos heredes stipulatoris. Servitutem enim promissor debuit, non æstimationem servitutis, quoties autem res debita dari non potest, nunquam debitor damnatur in eius æstimationem, nisi per eum fiat, quominus illa præstetur. *L. in re furtiva, in prin. et §. 1. supra, de cond. furt.* † Quod 10
enim dicitur in *L. heredes, §. an ea, supra, fam. ercisc.* si non præstetur via heredibus stipulatoris, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportere: sic accipiendum est, si per promissorem stet, quominus præstetur via non per heredes stipulatoris: quod fit, cum omnibus heredibus stipulatoris de servitute acquirenda consentientibus, tamen promissor servitutem non cedit. Quæ res plane inutilem stipulationem stipulatoris heredibus facere videtur. Sed non ita est: nam per singulos heredes acquiri servitus non potest: ac potest per omnes, si consentiant, et his eodem tempore cedatur servitus. *L. ult. sup. com præd.* Sed rursum hic occurrebatur: nam vel hoc ipso argumento dici debere videtur stipulationem hoc casu fieri inutilem, quia difficile est, ut omnes heredes consentiant de loco, cui servitutem acquiri velint, propter naturalem hominum facilitatem ad dissentiendum, qua ratione et improbatur compromissum, quo in duos tantum compromissum est. *L. item si unus, §. principaliter, supr. de recep.* † Hæc est illa obiectio tacita, ad quam 11
diluendam illa verba Pauli, quæ sunt in extremo referri debent: *sed non facit*, inquit, *inutilem stipulationem difficultas præstationis*: hoc enim eam significationem habet, quasi diceret: non potest per unum ex stipulatoris heredibus via acquiri, nisi cæteri omnes consentiant; ac consentire omnes difficile est: sed difficile tantum, non etiam tale quod natura fieri non possit. Porro sic ius est, nunquam difficultatem præstationis inutilem facere stipulationem: sed hanc ita demum esse inutilem, si per rerum naturam præstari non possit, quod promissum est. *L. continuus, §. illud, infr. eod.*

Ad §.

Ad §. Si tamen hominem.

Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero: pars dumtaxat cæterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus acceptilatum sit. Idemque est in ipso promissore, et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus.

SUMMARIA.

1. *Speciem huius §. de homine incerto, non certo, accipiendam quatuor rationibus ostendit.*
2. *Quomodo accipiendum; Ex promissione generis aut alternativa unum ex heredibus pro parte solvendo non liberari.*
3. *Homine generaliter promisso, si uni ex heredibus promissoris pro portione hereditaria aceptolatum sit, ei pro parte sua contingit liberatio.*
4. *Cur aliud in partis solutione, quam acceptilatione.*
5. *Quid iuris in pacto, transactione, iudicis absolutione.*
6. *Pauli responsum de eius, qui generaliter hominem promisit, herede, cum quo actum est, pro parte liberato, tam ad eum, qui sententia iudicis condemnatus solvit, quam qui absolutus est, referendum.*
7. *Cur, qui ex stipulatione hominis generaliter promissi partem sponte solvit non condemnatus, non liberetur: is autem qui condemnatus solvit, liberetur.*
8. *Explicatur regula: Nemo conditionem suam deteriorem facit litem contestando.*
9. *Eadem ratio fideiussorem promissoris, quæ heredum.*

1 HIS verbis, † si tamen *hominem stipulatus*, quin de eo sentiat, qui non certum hominem veluti Stichum, sed hominem in genere stipulatus sit, dubitari non debet: non solum quia verbo hominis homo in genere intelligatur, aut quia in certo homine promisso rem diceret minime dubiam, si diceret uno ex heredibus promissoris certi hominis pro parte liberato, cæteras partes a coheredibus deberi, aut quia etiam rem diceret a proposito alienam, ut qui de his stipulationibus agat, quæ divisionem non recipiant: sed multo magis quia ex adversativa, *tamen*, appareat eum exceptione corrigere, aut certe interpretari velle aliquid eorum, quæ prius in homine promisso circa promissoris heredes dixerat. De homine autem generaliter promisso prius dixit, quatenus in eo promissoris heredes teneantur: de certo homine promisso nihil. Non est igitur dubitandum, quin hæc sive exceptio, sive cautio ad generis obligationem, et similes referatur. Quid autem in iis, quæ de hoc genere prius dixerat, cavendum moneat, vide.

2 † Ex promissione generis, aut alternativa dixerat unum ex heredibus pro parte statim liberari non posse, sed adiecerat pro parte solvendo. Id ne quis sic interpretaretur, quasi ex huiusmodi obligationibus unus ex heredibus nullo modo statim pro parte liberari posset, cum cæteri coheredes eandem rem non præstitissent: docet hoc loco Paulus superius illud tunc solum verum esse, cum unus ex heredibus partem solvit, postulatque ea partis præstatione liberari; et præterea cum eam solvit non condemnatus, sed sua sponte ante, quam cum eo actum esset. Quod si aut alio modo liberatio quæratur, quam partis præstatione, de qua locutus erat, aut partem quidem solvat unus heres, sed tunc cum prius cum illo actum esset, et condemnatus id faceret; declarat his omnibus modis accidere, ut heres statim pro parte hereditaria
liberetur. † Et ut ab iis, quæ hoc loco no- 3
tiora sunt, et de quibus inter omnes convenit, ordiamur: ait, si uni ex heredibus acceptolatum sit quod pro portione hereditaria in homine generaliter promisso is debet partem duntaxat cæterorum obligationi superesse: significans hunc plane et statim pro sua parte esse liberatum: hoc quidem satis expeditam rationem habet. Et si enim acceptilatio pro vera solutione est; ut quæ dicatur immaginaria solutio: §. *item per acceptilationem*, *Inst. quib. mod. toll. ob.* tamen non idem periculum in ea metuimus,

4 mus, quod in vera solutione. † Pars hominis cum vere solvitur, si pro ea parte liberetur heres, licebit coheredibus aliorum hominum partes solvere: quod obligatio non concedit. *L. in exsecutione*, §. *pro parte*, *infr.* Id in acceptilatione partis metui non potest: non est enim periculum, ne alii coheredes alterius hominis partem solvant, ubi nullius hominis pars soluta est. Eo fit ut in acceptilatione remoto eo periculo, quod prius obsta-
5 bat, nihil iam sit liberationi impedimento. † Ergo idem dicemus, etsi stipulator cum uno ex heredibus promissoris de parte hominis pactus erit, ne eam peteret: ut enim ex acceptilatione nihil solvitur; sic nec ex pacto: et ut illa liberamur Iure Civili: sic pacto iure prætorio. *L.* 8. §. *si ignorantes*, *supr. mand.* *L.* 5. *C. de pact.* Ergo etsi cum uno ex heredibus de parte transactum erit, idem dicemus: transactio enim fit pacto, aut acceptilatione. *L.* 2. *supr. de trans.* Quibus exemplis etiam eo rem deduci necesse est, ut si stipulator hominis, cum uno ex heredibus promissoris egerit, et is heres fuerit absolutus, continuo pro ea parte liberetur: ut enim pacto liberatur quis; sic liberatur Iudicis absolutione: ex pacto est exceptio pacti: ex sententia exceptio rei iudicatæ, utraque ad liberandum reum comparata. §. *præterea*, §. *item si in iudicio*, *Inst. de exception.* Hoc postremum continetur verbis Pauli, quæ sunt *in princ.* huius, §. *si ego*, inquit, *hominem stipulatus*, *cum uno ex heredibus promissoris egero*, *pars duntaxat cæterorum obligationi supererit.* Ait *egero*, neque addidit, et succubuero: sed cum generaliter dicat, si egero, et hoc comprehendatur verbis, si egero ita, ut reus heres aut condemnetur, aut absolvatur (horum enim alterutrum in pronunciatione fieri necesse est. *L.* 1. *supr. de re iud.*) perspicuum est illis verbis saltem
6 absolutionem heredis contineri. † Hactenus ea dixi, quæ cordatorum omnium sententiis recepta sunt, utpote et verbis, et rectæ rationi consentanea: neque ulla esset controversia, si Paulus ita scripsisset, si cum uno ex heredibus promissoris egero, et succubuero. Nunc cum dixerit tantum, si cum uno egero, et hoc solo, quod egero, velit partem duntaxat cæterorum obligationi superesse; verba dubitationem attulerunt, an in superiore tantum specie manere debeamus, an ut verba sunt, ita ea accipere, ut simulatque egero, idest, litem contestatus ero cum uno ex heredibus (id enim agere significat. L. *amplius*, *infr. rem rat. hab.*) continuo reliquorum tantum pars obligationi supersit, ut cuiuscunque rei partes illi solvant postea, libe-

Tom. XI.

ratio totius obligationis contingat. Si prius dicimus, contra verba facimus: neque enim agere significat ita agere, ut res ad sententiam perveniat, et eam sententiam, qua reus absolvatur. Si posterius, verendum est, ne falsa et absurda sententia statuatur: quomodo enim is, qui non solvit partem, neque absolutus est, pro parte liberetur? quod si non liberatur, quomodo defendi potest solam reliquorum partem obligationi superesse? Ex utraque re in idem incommodum incidimus, non sine caussa igitur de huius loci sententia dubitatur. Dicam quod sentio. Ego Paulum assentior his verbis, *si egero*, non sentire de eo, qui solum litem sit contestatus, quia sit absurdum; solutione enim eius, quod debetur, non petitione quisque liberatur. L. 1. §. *si apud duos*, *supr. depos.* quod si non liberatur, plane absurdum sit dicere, reliquas tantum partes a coheredibus deberi. Neque hic mihi quisquam verba obiiciat, quasi verbo, *egero*, litis contestatio contineatur. Etsi enim agere dicitur, qui litem contestatur, *d. L. amplius*, *infr. rem rat. hab.* tamen aliud est agere, aliud egisse. Agit, qui litem contestatur: egit, qui iudicium ad finem perduxit: ut vivere dicitur, qui nunc vitam agit; vixisse, qui vita functus est, idest, qui est mortuus: verbum autem egero, præteriti vim habet. Et hoc sensu passim sub titulo, de exceptione rei iudicatæ *supr.* dici legimus, si cum uno actum sit; si totum petiero, deinde partem petam, et similia. *L. si cum totum*, *L. si cum uno*: et alibi, in quibus sub præteriti significatione iudicium confectum intelligitur. Assentior et illud, si stipulator cum uno ex heredibus egerit, et eum condemnarit, si nondum partem ab eo acceperit, esse in eius potestate cum omnibus agere, ut eundem hominem præstent, ac nisi præstent, ne eum quidem, qui prius condemnatus erat liberari posse, si alterius hominis partem offerat, quam eius, quem reliqui præstare volunt: quia his dici possit ipsos unum hominem non solvere, quem tamen debuerunt. Neque verba etiam hic metuam, quasi et hic qui obtinuit, maxime egisse videatur: ut qui non solum perfecte egerit, sed etiam egerit cum effectu. Nam in verbis Pauli cum manifestum sit correctionem quandam, vel exceptionem inesse eorum, quæ de hoc genere obligationis in persona heredum initio superioris §. *dixerat*; sententia eius manifesta est, exceptionem ad conceptionem regulæ, cuius exceptio est, esse attemperatam. Dixerat autem prius, si promissor hominis decesserit pluribus heredibus relictis, singulos heredes pro parte solvendo liberari non posse, verbis ni-

nimirum conceptis de eo herede, qui partem solvit. Id nunc cum corrigat, apparet eum in eadem propositione manere, atque hoc dicere, heredes pro parte solvendo liberari non posse, hoc tamen ita, si sponte solverint, non iudicio condemnati: cæterum si cum uno prius egero, et is ex sententia solvat, aliud probandum est. Ita ex eius sententia hoc relinquetur, ne hunc quidem locum, ad eum heredem pertinere, cum quo actum est ita, ut etiam condemnaretur, neque tamen solvit. Sed si et condemnatus est, et ex sententia partem solvit, hunc negare verbis huius loci contineri nimis durum est, et est omnino eiusmodi, quod in considerato scriptore ferri nullo modo possit. Nam quod hæc verba, si quis petierit, si cum eo actum sit, et similia, sub titulo *de exceptio. rei iud.* de eo accipiuntur, qui egit, et succubuit; non est mirum. Id enim quæstio de exceptione rei iudicatæ illic proposita facit: quam certum est non competere, nisi adversus eum, qui sic egit, ut reus absolveretur: id autem in proposito dici non potest. Quid ergo, cum heres unus condemnatus verbis huius loci contineatur, neque præcedentia refragentur, an eum solventem pro parte statim liberari putamus? Ego vero puto, idque certo argumento effici arbitror. Si pars illius hominis amplius ab eo peti non potest, eum necesse est pro ea parte liberatum videri, ac cæterorum duntaxat partes superesse obligationi. Non potest autem pars hominis amplius de eo peti, obstante rei iudicatæ exceptione: quoties namque de re aliqua quis condemnatus est, si sententiæ satisfecit, iterum cum eo de eadem re agi non potest, et si agatur, iterata actio exceptione rei iudicatæ repellitur, ut est in *L. 4. C. dep.* Condemnatus hic est de parte hominis, non certi, sed incerti: hæc enim petebatur. §. *huic autem, Inst. de action.* ac de qua re cum aliquo actum est, de ea et illud condemnari oportet. *L. ult. C. de fid. lib.* Condemnatus partem hominis solvit. Igitur ut satisfecit rei iudicatæ; ita de eadem re amplius conveniri non potest, quantumvis eius coheredes alterius hominis partem solvant. Ex quo efficitur statim eum liberatum esse, nihilque amplius superesse in obligatione,
7 quam cæterorum coheredum partes. † Cur ergo non condemnatus unus ex hereredibus, si partem hominis solverit, pro ea parte nondum liberatur: condemnatus idem si faciat, liberatur; cum videatur iniquum aut absurdum eum meliore conditione fieri condemnatione, quam ante condemnationem? Etsi hoc ita videri potest: tamen ratio differentiæ non est adeo explicatu difficilis. Ante condemnationem unus ex heredibus promissoris partem hominis certi debet sub conditione, si et cæteri coheredes in eodem homine partes solvant: ideo ante, quam coheredes id fecerint, cuiusvis hominis partem solvendo, pro ea parte non liberatur: nam et promissor partem cuiusvis hominis ita debuit, si et eum hominem totum solveret. Mutatur condemnatione obligatio heredis, qui ante sub conditione debuit, is condemnatus pure partem debere incipit: petita est enim ab eo pars hominis in genere, non si cæteri coheredes eiusdem hominis partes solverent, sed simpliciter pars hominis, ac qualis petitio est, talem fieri condemnationem convenit. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Quo fit, ut si partem hominis postea solvat, is sententia iudicis liberetur parta ei rei iudicatæ exceptione adversus eum qui iterum cum eo de eadem re agat, ut supra dixi. At enim eveniet isto modo, ut si cæteri coheredes alterius hominis partes solvant, in diversis hominibus partes solvantur, eoque non consequatur stipulator, quod stipulatus est. Eveniet fateor, estque iniquum statui adversus eum stipulatorem, per quem nihil factum est, quominus unum hominem ab omnibus heredibus consequi deberet: quod contingit in eo, qui a non condemnato accepit: non est iniquum adversus eum, qui adversus unum agendo efficit, ut is pure partem cuiusvis hominis deberet, itaque eam solvendo, omnino liberaretur. Nec est, quod quisquam dicat stipulatorem aliter ad ius suum pervenire non potuisse, quam partem petendo ab uno ex heredibus, fuit enim in eius potestate cum omnibus heredibus promissoris eodem tempore agere de uno homine præstando: quod quia aliter fecit nulla necessitate cogente, de se queri debet. † At etiam 8
dici solet, neminem conditionem suam deteriorem facere litem contestando, sed plerunque meliorem. L. *non solet*, L. *non enim*, *seq. inf. de reg. iur.* verissime dicitur, dum tamen intelligatur, quatenus quis de re aliqua litem contestatur, eatenus de ea re meliorem conditionem suam ipsum facere: cæterum neminem plus iudicio consequi posse, quam in iudicium deduxerit. Itaque stipulator si vellet nullum ex heredibus pro parte solvendo liberari, potuit adversus omnes agere unum hominem ab omnibus petendo: qua petitione sine dubio ius unius hominis consequendi sibi conservaret, melioremque eo pacto conditionem suam faceret: scilicet, quia ita agendo, necessitatem unius hominis solvendi in iudicium deduxisset. At si separatim adversus unum ex heredibus egerit, et partem homi-

minis ab eo petierit simpliciter, non potest dici hoc iudicio sibi eam necessitatem unius hominis solvendi conservare, qui eam ita agendo non modo in iudicium non deduxerit, sed etiam potius repudiarit. In summa, unusquisque litem contestando, meliorem caussam suam facit de eo, quod in iudicium deducit, non de eo, quod iudicio prætermittit, multoque minus de eo, quod eo iudicio repudiat. Quæ si vera sunt, recte initio §. constituimus duobus modis accidere in homine generaliter promisso, ut unus ex heredibus promissoris pro parte statim liberetur: uno, si quo alio modo liberetur, quam solutione: altero, si partem quidem solvat, sed id faciat ante condemnatus, ut partem hominis solveret: quod posterius, ut dixi, hac ratione defenditur, quia per sententiam eam partem heres pure debere cœperit: unde eveniat, ut eam solvendo liberetur, obstante stipulatori rei iudicatæ exceptione, si eam amplius petat.

Idemque est in ipso promissore, et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus) † 9 quod sic interpretandum est: in his obligationibus, de quibus agimus, ubi unus ex heredibus partem solvendo pro parte liberatur, ibi et fideiussor unus partem solvendo pro parte liberabitur: ubi autem pro parte non liberatur heres, ibi nec liberabitur unus ex fideiussoribus. Quippe hic omnia fideiussoribus cum heredibus similia. Ut heredes singuli pro parte hereditaria tenentur ex 12. tabulis, sic plures fideiussores pro virili portione ex epistola Hadriani Imperatoris, §. *si plures*, *Inst. de fideiuss.* et rursum ut heredes tenentur ex persona defuncti; sic fideiussores ex persona principalis rei, cuius obligationis sunt accessio. §. *fideiussores*, *Inst. de fid.* quæ res facit, ut quemadmodum ex persona heredum non immutatur conditio obligationis a defuncto descendentis; sic nec ex persona fideiussorum immutetur conditio obligationis eius, quæ in reo principali primum constitit.

Ad . Item si in facto.

Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?* et unus ex pluribus heredibus prohibuerit: tenentur quidem et coheredes eius, sed familiæ erciscundæ iudicio ab eo repetent quod præstiterint: hoc et Iulianus et Pomponius probant.

SUMMARIA.

1. *Stipulationum faciendi duo genera.*
2. *Quæstiones huius disputationis, eiusque summa.*
3. *Si unus ex heredibus promissoris, qui factum individuum promisit, contra quam cautum sit fecerit, in solidum stipulationem adversus omnes promissoris heredes committi: cuius iuris subiicitur ratio.*
4. *Unius facto quomodo cæteri coheredes dicantur teneri.*
5. *An hoc casu adversus singulos in solidum, an vero pro portione tantum hereditaria stipulatio committatur.*
6. *Differunt res individua promissa, et factum individuum.*
7. *Diversi in re et facto iuris ratio.*

Hinc de stipulationibus faciendi, ut erat propositum, dicere incipit Paulus, quæ hic divisionem recipiant, quæ non recipiant; tum ex his, ubi, et quatenus promissoris heredes teneantur; ubi et quatenus agant heredes stipulatoris: eadem illa nimirum, quæ et in heredibus de stipulationibus dandi ante tractavit. Illud observandum est, non agere
1 eum de omnibus faciendi stipulationibus. † Ex his quædam sunt, quæ proprie dicuntur esse in faciendo veluti insulam ædificari, fossam fodi, rem tradi spondes? quædam sunt in non faciendo, ut initio capitis diximus, veluti per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, et similes, quæ hic deinceps proponuntur. Prius genus totum hic prætermissum est: de eo agitur in *L. stipulationes non dividuntur*, *inf.* de posteriore tractat hic Paulus, ac primum de stipulationibus iis, quibus factum individuum promittitur: qualis est hæc, de qua agit initio; *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Factum individuum quid hic vocemus, explicatur in *L. 4. §. Cato, infra.* In hoc genere primum di-

dicit de promissoris heredibus; deinde de he-
2 redibus stipulatoris. † In heredibus promissoris, ut quid sit, quod de his hoc loco, et in reliqua hac disputatione; præcipue autem in §. *Cato*, statuitur, plane et dilucide intelligatur, tria quæri sciendum est, totidemque de rebus hic ius statui. Primum est, si forte unus ex heredibus promissoris contra quam cautum sit, fecerit, puta stipulatorem ire agere prohibuerit, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte tantum. Secundum, si in solidum, utrum adversus omnes, an adversus eum duntaxat, qui contra fecit. Tertium, si adversus omnes, utrum adversus singulos in solidum, an vero pro portione tantum hereditaria. Summa disputationis hæc est, cum unus ex promissoris heredibus contra quam cautum est, fecit; si id factum individuum sit, quale est, quod hic initio proponitur, et stipulationem in solidum committi et committi adversus omnes, idest, eo facto omnes heredes teneri: sed non in solidum singulos, verum pro portione hereditaria duntaxat. Quid sit, contra quam cautum est, facere; quid sit stipulationem committi, quibus verbis Cato in huius rei definitione usus
3 est, dicetur ad §. *Cato*, *L.* 4. *infra*, † Primum dicimus uno contra faciente, stipulationem in solidum stipulatori committi, aut ad pœnam, si pœna promissa est, aut si non est promissa, in id quod interest, et §. *Cato*, *L. heredes*, §. *an ea*, *supra fam. ercisc.* Ne sit hoc mirum totam stipulationem hereditariam ab eo committi, qui solus non est heres, sed pro parte tantum. Non enim hic obligatio nascitur ex cuiusquam facto, qui postea contra stipulationem faciat, ne heredis quidem; sed nascitur ex promissione defuncti, qui promittendo neque per se fieri, neque per heredem suum, quo minus stipulatori ire agere liceat, simul solidam pœnam promittit, aut pœna non adiecta intelligitur promittere, quod et quantum stipulatoris interest, sub conditione si stipulator ire agere, prohibeatur. *L. si pœnam*, *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *infr. eod.* Ita si conditio hæc exstiterit, necesse est, aut totam pœnam, aut totam quod stipulatoris interest, ex promissione defuncti deberi, idest ut nunc loquimur, totam stipulationem committi. Exsistit autem conditio, quisquis ex heredibus stipulatorem prohibeat, etsi sit unus ex innumeris, ut declaratur in §. *Cato*. Proinde et uno ex heredibus prohibente; solidam pœnam, solidum id quod interest, ut promissum erat ab eo, qui et se, et heredes suos obligare poterat, ita etiam ex illius promissione deberi necesse est. Dicimus unius facto sic in solidum committi stipulationem, ut non is teneatur solum, qui contra, quam cautum erat, fecit; sed etiam cæteri coheredes: quod hoc loco expressum est, et *dict. L.* 4. §. *Cato* item in *L. in exsecutione*, §. *quod si stipulatus*, *infra eod. L. inter*, §. *quod ex facto*, *supra*, *fam. ercisc.* Id vero prima fronte videri potest admodum inique constitui. Pugnare enim videtur cum æquitate, et iis regulis iuris, quibus ex principiis naturæ æquissime efficitur, ex alieno facto neminem teneri debere, qui ipse nihil fecerit: item, neminem posse alterius conditionem deteriorem facere: *L. de pupillo*, §. *si plurium*, *supra de oper nov. nunciation. L. ult. supra*, *de Senatusconsulto Silan. L. solvendo supra de negotiis gest. L. factum L. non debet*, *infra de regul. iur.* Ideo fuerunt etiam ex veteribus, qui hac ratione, ut credibile est, moti, existimarent unius facto cæteros non teneri, ut Paulus significat in dicta *L. in exsecutione* §. *quod si stipulatus*, *infra.* † Sed cognitis his, quæ de obligatio- 4
ne ex promissione defuncti in hoc genere descendente diximus, licet intelligere, non solum quam recte statuatur unius facto teneri omnes, et quod ait Paulus in dicto §. *quod si stipulatus*: veriorem esse hanc sententiam sed etiam si nobis constare velimus, aliud statui non potuisse. Nempe enim solidam pœnam, vel id quod interest, defunctus promisit sub conditione: ita quandocunque, et cuiuscunque heredis facto conditio exstiterit; defuncti hæc obligatio, non eius, qui conditionem implevit, futura est. Qui porro obligatione a defuncto contracta teneantur, nisi hi qui non in stipulationem solum, sed etiam in omne ius a defuncto contractum succedunt, idest, heredes, iuris et omnium onerum successores? *L.* 1. 2. 3. *supra*, *de bon. poss. L. heres in omne*, *supra*, *de acquiren. her.* Succedunt autem omnes, ac non is tantum, qui contra stipulationem fecit: proinde heredes omnes eo nomine teneri necesse est: ex defuncti facto videlicet, non coheredis. Non obstat, quod a Paulo dicuntur unius facto, sive propter unius factum cæteri teneri: dicta *L. in exsecutione*, §. *quod si infra*, *L. inter*, §. *quod ex facto*, *supra*, *famil. erciscun.* Tenentur enim unius facto cæteri per consequentiam, quia is facto suo locum fecit promissioni defuncti: at principaliter tenentur defuncti facto; utpote a quo huius obligationis caussa et origo nata est. Ideo enim obligantur unius facto, quia promissor eo facto omnes teneri voluit. Ita prima obligationis caussa est in defuncti voluntate et facto. Ne quis igitur hic obiiciat,

ciat, iniquum esse unius facto cæteros coheredes obligari; unius factum nocere cæteris. Si quid obligantur cæteri, obligantur, ut dixi, voluntate et facto defuncti, idest, eius, qui ius habuit eos obligandi: minime autem facto solius. coheredis, qui quamvis millies aliquem per fundum ire agere prohiberet, nunquam tamen eo facto noceret cæteris, nisi prius defunctus eo facto illos teneri voluisset. Denique nemo unquam dixit, si quid promissum, aut legatum sit sub conditione, si Titius in Capitolium ascenderet, Titio Capitolium ascendente promissorem aut heredem a Titio obligari, aut ita Titii facto teneri, ut Titii factum his noceat: obligatur enim alter sua promissione, alter iudicio defuncti fundum hac conditione legantis, ut nollet prius deberi, quam Titius Capitolium ascendisset. Quod si obligatio a defuncto non descendat, nunquam unius facto cæteri coheredes tenebuntur: et ideo in deposito cum depositarius decessit pluribus heredibus relictis, si unus in re deposita dolo quid faciat, placet eum teneri solum, non cæteros coheredes, *L. in depositi*, *et L. seq. supra*, *dep.* quoniam hic dolus non prius a defuncto admissus est, sed
5 natus ab herede. † Sed cum omnes in hoc genere unius facto teneri dicamus, hoc ad extremum monemur teneri quidem universos in solidum, at unumquemque pro portione hereditaria: quod diserte positum est in *L.* 4. §. *Cato*, *infra*, *eod.* Atque hoc loco observanda est differentia inter rem individuam promissam, qualis est via; et factum individuum; quale est hoc, de quo nunc agimus.
† Re individua promissa, non solum singuli 6
heredes in eam rem in solidum tenentur, sed etiam, nisi rem præstent omnes, in solidam eius æstimationem, ut declarari diximus in §. *ex his*, illic, *sed quo casu*, *supr. ead. L.* At facto individuo promisso, singuli quidem ex heredibus promissoris stipulationi in totum parere debent: sed si unus contra fecerit, ut iam facti æstimatio sit præstanda, hæc non solida a singulis petitur, sed pro portione solum hereditaria; ut modo dixi. † Cur hæc 7
tam varie? quia in rebus promissis nihil promittitur, nisi res, quæ in stipulationem deducitur: atqui ea solida præstanda fuit a singulis heredibus: quare si necessitas eo rem deducat, ut pro re æstimatio præstanda sit, non convenit aliam æstimationem singulos præstare, quam solidam, cum æstimatio succedat in locum rei, quam singuli solidam debuerunt. Cum autem factum promittitur, vi ipsa promittitur pecunia, idest, id quod interest, si factum non sit, quod promissum est, aut contra, quam cautum est, factum sit. Pecunia natura sua dividi potest: quo fit, ut in hoc genere toto, et stipulatio, et petitio pecuniæ inter heredes dividatur, hæc sententia est *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *infra eod.*

Ad §.

Ad . Contra *ult. et L.* 3.

Contra autem si stipulator decesserit qui stipulatus erat *sibi heredique suo agere licere*: et unus ex heredibus eius prohibeatur: interesse dicemus utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte eius qui prohibitus est: Nam si pœna stipulationi adiecta sit: in solidum committetur: sed qui non sunt prohibiti: doli mali exceptione summovebuntur. Si vero pœna nulla apposita sit: tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est: committetur stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Uno ex heredibus stipulatoris contra quam cautum erat ire agere prohibitio, ei soli, non cæteris utiliter competit actio.*
2. *Cur secus in heredibus promissoris, qui unius facto omnes tenentur.*
3. *Pœna stipulationi adiecta in solidum committitur, quamvis non omnium coheredum intersit, unum prohibitum non fuisse.*
4. *Si uno prohibito pœna in solidum omnibus est commissa, quomodo eam, qui prohibiti non sunt petentes dicantur doli exceptione submoveri.*
5. *Unde contrahentium voluntas de pœna his, qui prohibiti non sunt, non committenda, colligatur.*

1 Diversa caussa est heredum stipulatoris. Uno contra quam cautum erat ire agere prohibito, solus is agit in id quod sua interest; cæteri eo facto petitionem non habent, quorum nihil interest. Et hoc citra controversiam, si pœna stipulationi subiecta non sit. Nam si pœna promissa erit, uno prohibito subtilitate quidem iuris res commutatur, vi autem ipsa ex æquo et bono idem est utrobique rei exitus. Etenim uno prohibito: pœna ipso iure ex conditione stipulationis in solidum committitur: qua commissa, cum ea obligatio hereditaria sit, necesse est et obligationem, et petitionem ad omnes heredes pertinere. Sed solus utiliter pœnam petet pro portione sua, qui prohibitus est; cæteri inutiliter, qui non sunt prohibiti, qui si petant, doli mali exceptione summoventur: ita in summa solus, qui prohibitus est, utilem petitionem habet, vel eius quod sua interest, vel pœnæ pro portione sua: cæteri non habent sive pœna promissa erit, sive non erit.
2 † In quibus hoc primum dubitationem habet, quod dicimus uno ex heredibus stipulatoris prohibito, solum eum actionem habere, non etiam cæteros; cum in heredibus promissoris dixerimus uno prohibente teneri omnes. Etenim æquius videbatur uno prohibito cæteris eo facto actionem acquiri, quam uno prohibente obligari et onerari cæteros: cum liceat nobis alterius cuiuslibet conditionem facere meliorem, deteriorem non liceat. *L. solvendo, supra, de neg. gest.* Et non dubium est, quin ad eiusmodi aliquam dubitationem removendam adhibita sit ea differentiæ ratio inter utriusque defuncti heredes, quæ subiicitur in *L.* 3. In qua hæc Ulpiani sententia et defensio est in hoc genere stipulationis, de quo agitur, neque unius ex promissoris heredibus factum obligare cæteros neque unius ex stipulatoris hereredibus damnum aut iniuriam parere actionem cæteris: ita hactenus pares esse et promissoris heredes et heredes stipulatoris, si de uno per alium augendo, vel onerando agatur: ut proinde nihil obstent ea, quæ alterius meliorem conditionem facere concedunt, deteriorem vetant. Sed quod in promissoris heredibus unius facto tenentur omnes; in heredibus autem stipulatoris uno prohibito solus is actionem habet; caussam in eo essse, quod ab utroque tam promissore, quam stipulatore actum est, ut res ita transigeretur. Meminisse enim oportet eius, quod iam supra diximus, in stipulationibus faciendi promitti et contineri id, quod interest stipulatoris, et heredum eius. *L. si pœnam, infr. eod.* hæc verba hoc continent, ut neque actio ei detur, cuius non interest, neque ei cuius intersit ultra, quam interest: quatenus autem stipulatoris intersit, aut heredum eius, in tantum promissor vivus teneatur; eo mortuo in tantum teneantur eius heredes, quia defunctus solidum promisit: hinc de proposita quæstione iudicetur. Ergo si de promissoris heredibus quæritur, recte supra respondimus unius facto cæteros teneri; sic enim exigitur solidum illud quod interest, quod promissum esse diximus.. Sin agitur de stipulatore, aut stipulatoris heredibus, quia id quod interest, eorum peti-

tioni

tioni modum facit, consequens est, si stipulator ipse prohibeatur ire agere, ipsum in solidum acturum, quia in solidum eius interest non prohiberi, quamvis ab uno tantum prohibeatur ex heredibus promissoris: quæ pars indicatur in *L.* 3. in extremis verbis. Sin stipulatore mortuo prohibeatur unus ex heredibus, eveniet hinc quoque, ut solus is agere possit, et agere pro portione hereditaria: quia et eius solius interest, et hactenus solum, quatenus heres est: quod attingitur in *ead.*
3 *L.* 3. *in princip.* † Pœnæ diversa ratio est: quoniam enim pœna promittitur; non si stipulatoris intersit, heredumve eius, sed si ei heredive eius ire agere non licebit, et hæc conditio exsistit, si vel unus ex heredibus prohibeatur, ideo uno prohibito necesse est pœnam in solidum committi quamvis non omnium coheredum intersit unum prohibitum non fuisse: utpote conditione stipulationis impleta: et hoc est, quod hic dicitur, et in *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *infra eod.* in pœna non quæri, an intersit, sed quæ sit conditio, et quantitas stipulationis. Pœna in solidum commissa, eius petitio omnibus heredibus acquiritur ex stipulatione hereditaria.
4 † Quo constituto incidit in difficultatem, quod sequitur: ait enim Paulus ita cæteros, qui non sunt prohibiti iure ipso petere posse pro parte pœnam, ut tamen, si id faciant, doli mali exceptione summoveri possint: quod prioribus videtur refelli. Nam si uno prohibito pœna in solidum omnibus heredibus commissa est; idque ex conditione stipulationis accidit, quisquis pœnam ita sibi commissam petit, dolo carere videtur. Is enim dolo caret, qui contra æquitatem naturalem nihil petit. *L.* 1. *supra*, *de dol. exc.* nihil est autem tam secundum naturæ æquitatem, quam præstari id, quod conventum, et promissum est. *L.* 1. *supra*, *de pac.* ergo æquum et petere, si modo per Ius Civile id liceat. Quod si nihil dolo faciunt, qui pœnam commissam petunt, quamvis eorum nihil intersit, quomodo petentes doli exceptione removeri possunt? An quod unius interest, idcirco aliis quorum nihil interest, pœnæ petitio non datur; petituris alioqui, si nemo alius pœnam efficaciter peteret? Sed quid unius petitio nocere potest cæteris, cum is non petat pœnam solidam, ut quis dicat eum præripere eam coheredibus; sed petat tantum pro sua parte, ut sic eam petitionem, quæ initio coheredibus eius nata est, illis integram relinquat? Fatendum est; si stipulatione actum fuit, ut uno ex heredibus prohibito pœna deberetur, caussam dici non posse, quin uno prohibito pœna committatur omnibus heredibus; quam et recte ac sine dolo petituri sint omnes, etiam quorum nihil interest: quia in pœna non quæratur, an eius intersit, qui pœnam petit, sed an ei ex conditione stipulationis pœna debeatur. Recte igitur vidit Franc. Duarenus dicendum esse, iis qui prohibiti non sunt, pœnam commissam esse secundum verba stipulationis; id enim efficit conditio stipulationis, si mihi, heredive meo ire agere non licebit, decem dabis? ideo commissam summo iure possunt petere: sed non esse commissam secundum mentem, et sententiam contrahentium, non enim id actum est. Quod si probamus, nihil dubii futurum est, quin contra istam sententiam petenti doli exceptione recte occurratur: huic enim tunc locus est, quoties per occasionem Iuris Civilis contra æquitatem naturalem quis petit. *L.* 1. *supr. de dol. exc.* quod in proposito accidit, ubi is, qui prohibitus non est, summo iure fretus, idest, verbis stipulationis, his ipsis adversus sententiam nititur. Est enim sententia id, quod placuit, quodque actum est inter contrahentes; hoc vero in re, quæ ex consensu valet, idest, in omni contractu, sequi debemus, non verba; idque ita fieri natura æquum est. *L. eum*, *qui Calendis*, *infr. eo. L. semper in stipulationibus*, *infr. de regul. iur. L.* 1. *supr. de pact.* † Sed unde colligimus 5
non id actum esse, ut pro his, qui prohibiti non sunt, pœna non committatur, cum ea tota promissa sit sub conditione, si quis ex heredibus prohiberetur, quæ conditio nunc exstitit? Colligitur ex fine pœnæ: quippe quam solum adiici constat, ut sit loco eius quod interest. *§. ult. Inst. de verb. oblig. L. ult. infr. de præt. stip.* Quo fit, ut ubi constet nihil stipulatoris, aut heredum eius interesse, ibi non id agatur, ut pœna debeatur. Nam quod dicitur in pœna non quæri, an agentis intersit, in re dubia locum habet, dummodo possit natura eius interesse: in re certa nequaquam. Arg. *L. si servus*, *§.* 1. *supr. si quis caut.* de quo amplius *in L. stipulatio ista*, *§. alteri. infr. eod.*

Ad L.

Ad L. Idem iuris est. 3.

Ulpianus lib. XLIX. ad Sabinum.

Idem iuris est et in illa stipulatione: *Mihi heredique meo habere licere?* Sed hæc differentia illam habet rationem, quod ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi pœna subiecta sit; nam pœna subiecta efficit, ut omnibus committatur: quia hic non quærimus cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes. Interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, mihi heredique meo habere licere, *ubi interponatur et quid sit.*
2. *Stipulatio hæc in quo similis sit illi.* Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat.
3. *Utrum res possit pro parte teneri, pro parte avocari.*
4. *Stipulatio hæc*, Habere licere, *quatenus dividua quatenus individua.*

1 *IDem iuris est et in illa stipulatione, mihi heredique meo habere licere.*) Hæc stipulatio, mihi heredique meo habere licere, in emptione et venditione interponi solet. Ea est, qua emptor sibi cavet a venditore sibi rem venditam habere licere, idest, possidere, tenere licere sine cuiusquam interpellatione iusta. *L. stipulatio ista*, §. *habere*, *infr. eod. L.* 2. §. *ult. et L. seq. supr. de act. empt.* his verbis emptor hoc cavere intelligitur, per venditorem non fieri, neque per heredem eius, quominus sibi rem habe-
2 re liceat. † Ita conceptione quidem, et vi verborum similis est illi superiori, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*; sed et quod ad rem ipsam et divisionem stipulationis attinet, idem in ea iuris esse Ulpianus ait. Id vero ita futurum est. Nam si venditor idemque promissor decedat pluribus heredibus relictis, et unus ex heredibus rem avocet, sive faciat, quominus emptori rem tenere liceat; eius facto etiam cæteri tenebuntur coheredes, ut in superiore stipulatione: qua in re individuam esse significat, seu individuum factum continere, ut et superiorem ex sententia §. *Cato* et recte; hoc enim quasi avocamentum et interpellatio unius heredis tam emptori obstat, quominus rem teneat, quam si omnes heredes impedirent; quæ
3 facti individui definitio est *in d.* §. *Cato.* † Quid ergo, dicat aliquis, res pro parte teneri, et pro parte avocari non potest? Non potest: aut in totum teneatur, aut in totum teneri desinat, necesse est. Nam si rem in partes certas dividis, facis ut res prior esse desinat: et pro una duæ res diversæ esse incipiunt. *L. si quis duas*, §. 1. *supr. com. prœd.* Pro parte autem indivisa rem teneri, et pro parte non teneri non posse certum est: quoniam partes indivisæ ideo ita dicuntur, quia ita permixtæ sunt; ut una non possit ab alia corpore separari. *L. supr. infr. de stip. ser.* Sed totum hoc videtur parum liquere. Quid enim, an dubium est stipulationem hanc, *habere licere*, continere hoc, ut liceat habere ius rei, puta dominium rei, aut usumfructum? *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *et* §. *habere*, *infr. eod.* At usumfructum constat, ut et dominium, ab uno ex heredibus pro parte avocari posse: nec vero ultra potest *L.* 5. *supr. de usufruct. L.* 1. *et toto tit. C. de com. rer. alie.* Dividua igitur hæc stipulatio, et solus heres, qui partem dominii, aut ususfructus avocarit, tenebitur. *L.* 4. §. *Cato*, *infr.* Ita fit etiam, ut non sit hæc stipulatio, quod Ulpianus dicit, superiori similis. † Et negari non potest, quatenus hac 4
stipulatione promittitur ius habere licere, catenus stipulationem esse dividuam, nec in ea idem iuris esse, quod in superiore: hactenus enim est in dando. At quatenus id agitur, ut liceat emptori rem tenere, possidere, eatenus individuum factum continet, et superiori est similis. Iam enim dixi non posse rem teneri pro parte, et pro parte non teneri. Neque hoc huic loco adversatur, tametsi in eo nihil distinguitur: quod enim simpliciter dicitur in hac stipulatione idem iuris esse, quod in superiore, sic accipiendum est, quatenus stipulatio habere licere in faciendo est, ut superior. Nam de his agitur hoc loco, quatenus in facto sunt, ut est propositio Pauli in §. præcedente.

Ad L.

Ad L. Eadem. 4.

Paulus Libro XII. ad Sabinum.

Eadem dicemus et si dolum abesse a te heredeque tuo stipulatus sim: et aut promissor aut stipulator pluribus heredibus relictis decesserit.

Cato libro quintodecimo scribit: Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit: mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit: aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno proportione sua. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est, individuum sit, veluti *iter fieri*: quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti, *amplius non agi*: tum eum heredem qui adversus ea facit, pro portione sua solum pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat?* Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem quod in illa stipulatione, *Titium heredemque eius ratum habiturum?* (Et Paulus respondit non idem esse.) Nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum: et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, Dolum malum abesse a te, heredeque tuo, *ubi locum habeat: a quibus interponatur: et quando adversus eam fieri intelligatur.*
2. *An stipulatio*, Dolum abesse, *similis sit illi*, per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. *et* n. 9. *et* 11.
3. *Quæstio* §. Cato, *h. L.*
4. *Individuum factum quid.*
5. *Usus verborum*: Si quid aliter factum sit.
6. *Phrasis*, Pœnam aut stipulationem committi, *explicata.*
7. *Stipulatio*, Ire licere, seu Iter fieri *quid contineat.*
8. *Lectio vera huius* §.
10. *Demonstrativum*, *HIC. in verbis Pauli*: ne non idem hic sit: *ad quam stipulationem referendum.*
12. §. Quod ex facto. L. Inter, supr. Fam. ercisc. *explicatus.*
13. *Stipulatio*, dolum abesse, *similis est stipulationi de rato*, et n. 15.
14. *Non prætoriam de rato stipulationem, quæ Procurator heresve eius convenitur, hic intelligi: sed conventionalem, quæ a Domino Procuratorem constituente interponitur.*
16. *In stipulatione dolum abesse et de rato, alias individuum, alias dividuum factum contineri.*
17. *Quomodo accipiendum, quod a Paulo traditur, dominum pro parte ratum habere non posse.*
18. *Cur Domino, qui ratum se heredemve habiturum promisit, pro parte agente pœna in solidum committatur, herede autem uno similiter pro parte agente, non item committatur in solidum.*

1 ISta † stipulatio, *dolum malum abesse a te heredeque tuo*, cum in futurum concipitur, ut hic, locum habere potest in venditionibus, et interponi ab emptore tunc, cum emptio est conditionalis, et emptor sibi cavet, ne venditor pendente conditione in re vendita dolo aliquid faciat. Potest interponi et a venditore, cum is promisit emptori se rem venditam certis conditionibus ab emptore recepturum, dum ille in ea re nihil dolo faciat, et id ita fore ab illo stipulatur. Adversus hanc stipulationem fieri intelligitur, cum rem venditam, ut servum, promissor aut corrupit veneno, aut manumittit, aut pignori obligat. *L. redhibere*, §. 1. *supr. de æd. ed. L. si post acceptum*, *supr. de rei vind.*

2 † Quapropter cum hic dicitur in hac stipulatione eadem dicenda esse, quæ in illa, *per te non fieri, quominus mihi iure liceat*, nimirum hoc dicitur, si promissor decesserit pluribus relictis heredibus, et unus de dolo malo quid eorum fecerit, quæ supra scripta sunt, non solum eum teneri, sed etiam cæteros coheredes omnes, pro parte tamen hereditaria: nam hoc iuris est in illa altera, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, ut est in *L. 2. §. item si in facto, supr. item in §. Cato: ead. L.* atqui hæc sententia perspicue falsa est, si verum est, quod in §. *Cato*: ita scribitur, si unus ex pluribus heredibus promissoris contra stipulationem fecerit, et factum, de quo cautum est, dividuum sit, eum qui fecit; solum teneri pro portione sua. Tale namque factum est huius stipulationis, *dolum malum abesse.* Finge unum ex heredibus rem pignori obligare: id ille pro parte sua recte faciet: ultra vero progredi non potest. *L. unica, C. si com. res pig. data sit.* Consequens igitur Catonis sententiæ, eum, qui id fecit, teneri solum pro sua portione, non etiam cæteros coheredes: aliter, atque in illa stipulatione, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Hoc qui negare instituunt, aut non animadvertunt adversus hanc stipulationem fieri, etiam tunc, cum unus ex heredibus promissoris rem pignori obligat: quod tamen fieri diserte scriptum est in *L. si post, sup. de rei vind.* aut rem pro parte ab uno ex heredibus oppignorari posse non putant: quod posterius in Iurisconsulto ferri non potest. Quid ergo ad id, quod hic contra scriptum est, dicimus? Nihil potest dici verius, quam quod Lælius Taurellus, et Franc. Duarenus in hunc locum scripserunt, sententiam, quæ hic initio proponitur, reprehendi postea et notari a Paulo in illis verbis: *Sed videamus, ne non idem hic sit.* Cur ergo Paulus hic in principio aliud affirmat? Siquidem affirmaret parum probabiliter, diceretur id eum statim mutare, quod paulo ante affirmasset. Sed bene illi respondent, aut hic Sabini verba esse, ut inscriptio capitis indicat, quod inscriptum est ad Sabinum, id est, ut recte Augustinus docet *Lib. 1. emendation. cap. 6. ad libros Sabini*: aut si cui placet verba Pauli esse, efferenda esse ea per interrogationem, quod Duareno ingeniose videtur: hoc modo, Eadem dicemus? ut intelligatur videlicet res in quæstione poni, non affirmari: itaque et totius huius loci unus contextus esse usque ad §. *ult.* una quæstio et disputatio de hac stipulatione, dolum malum abesse a te, heredeque tuo. Si illa verba, *Sed videamus, ne non idem hic sit*, ad stipulationem hanc dolum malum abesse referuntur, dubium esse non potest, quin initii et reliquæ disputationis ea sententia sit, quam modo diximus. Nunc autem de alia stipulatione ea intelligi non posse, speramus nos, cum eo venerimus, tam dilucide probaturos, ut nemo in posterum, si verum amabit, sit dubitaturus. Qui fit ergo, ut interponatur §. *Cato*: prius quam Paulus rem decidat in illis verbis, *sed videamus*: verbis a propositione hac non parum remotis? Quia ut superioribus illis duobus propemodum pariter videtur, ex verbis Catonis peti videbatur huius sententiæ confirmatio, quasi eadem dicenda essent in hac stipulatione, dolum malum abesse, quæ in illa *per te non fieri*, ac proinde ad dubitationis caussam facere videbantur: quod contra esse Paulus ad extremum docet: Ut autem ego convenientissime dici existimo, ideo sententia Catonis de factis dividuis, et individuis interposita est, quia cum haberet ea his de rebus certam distinctionem et definitionem, ex ea decisionem propositæ quæstionis peti voluit. Colligit igitur ex ea in stipulatione proposita, dolum malum abesse, non idem esse quod in illa, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, hoc modo: Scripserat Cato uno ex heredibus promissoris contra quam cautum est, faciente, omnes heredes teneri, si factum sit individuum, idest, ut interpretatur ipse, si quod ab uno factum est, tale sit, ut videatur factum ab omnibus, ut sic videantur omnes stipulationem commisisse, sicut accidere ait in hoc exemplo, *per te non fieri, quominus mihi agere liceat.* Hinc sua sponte intelligebatur, si stipulatio *dolum malum abesse* eadem est cum illa, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, talem eam esse oportere, ut ei conveniat definitio, et ratio Catonis, quam Paulus præmisit: unde subiicit Paulus, *sed videamus ne non idem hic sit.* Assumptio est tacitæ argumentationis, quasi diceret: Atqui in hac stipulatione, de qua quærimus, nempe *dolum malum abesse*, non est idem, quod Cato dixit esse in illa stipulatione, *per te non fieri*: nam neque definitio, neque ratio Catonis ei convenit: non est igitur in utraque idem iuris, de quo supra quæsitum est, aut certe de quo Sabinus affirmavit, quod nunc notat Paulus. Si illis verbis, *sed videamus*, id significatur, quod modo dixi, nihil dici potest hac interpretatione, aut ad significationem verborum, aut ad cohærentiam, omnium partium totius orationis, aut denique ad optimæ

mæ argumentationis complexionem, neque melius quidquam, neque aptius. Quod si ad rationem orationis etiam veritas sententiæ adiungetur, dubitari omnino non debet, quin hæc germana sit huius loci sententia, eademque, quæ ut verissima, et huic loco convenientissima; ita sit nobis modis omnibus retinenda. Sed de illis verbis paulo post: ante de sententia, §. *Cato*, quantum satis videtur, dicemus.

Cato libro quintodecimo scribit.) Proponitur quæstio de stipulationibus in non faciendo
3 consistentibus, huiusmodi: † Promisit quis se quid non facturum, et si aliter fecisset, pœnæ nomine promisit centum. Promissore mortuo, cum is decessisset pluribus relictis heredibus ex his unus contra quam cautum erat; fecit: quæritur, an cæteri coheredes, qui contra nihil fecerunt, eo facto teneantur; et si teneantur, quatenus. Definit Cato etiam cæteros eo facto teneri, si id factum, de quo cautum est, individuum sit: sic tamen, ut teneantur singuli non in solidum, sed pro portione hereditaria: quod si factum sit dividuum, eum solum teneri, qui contra fecit, non item cæteros. Individuum factum esse, veluti iter fieri: dividuum, veluti amplius non agi. Ratione autem hac subiecta, *quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus factum videretur*, in universum individuum definire videtur id, quod ab uno ex heredibus contra, quam cautum est, factum,
4 videatur factum ab omnibus. † Ex quo colligimus individuum id esse, quod factum ab uno ex heredibus promissoris tam stipulatori nocet, quam si factum esset ab omnibus. Prior pars huius distinctionis de factis individuis nobis exposita est supra, ad *L.* 2. §. *item si in facto*: altera pars de factis dividuis per se ipsa expedita est, nisi quod ei adversari videtur *L.* 5. §. *ult. infr. eod.* Sed de eo illic videbimus, quando an eo loco offendatur distinctio Catonis, nisi sententia eius loci cognita intelligi non potest. Verba Catonis, quæ plusculum obscuritatis habent pleraque, nobis cognoscenda sunt.

5 *Ait, si quid aliter factum sit.* † Verba sunt quibus utimur, cum prius stipulati, ne quid fiat, tum si quid fieret adversus id, quod dictum est; pœnam stipulamur. §. *ult. Inst. eod. L. cum quid, ut fiat*, 71. *et L. continuus*, 137. §. *pen. infr. eod. Ait, si unus contra quam cautum sit, fecerit*: idest, adversus id, quod cautum sit, ut est in usitatis formulis, quæ supra scriptis locis proponuntur. Cautum, promissum. Nam cavere inter cætera est, stipulanti promittere: unde cautio pro stipulatione, seu repromissione stipulanti reddita. *L. prætor, supr. de dam. inf. L. sancimus, C. de* verb. signif. *Ait, ab omnibus heredib. pœnam committi*: et paulo post, unum heredem pœnam committere: item omnes heredes commisisse stipulationem. † Pœnam committi de omni 6
pœna dicimus, cum deberi incipit. Stipulationem committi non item de omni stipulatione; ex qua quid debetur; sed de ea solum, quæ fit sub conditione, ac tunc dicitur committi, cum conditio impleta est; quo tempore scilicet ex eventu nata est obligatio, et cœpit pecunia ex stipulatione peti posse: indicat §. *si sub conditione, Inst. eod.* Qua ratione, et omnis pœna indistincte committi dicitur, cum deberi incipit; propterea quod omnis promittitur sub conditione, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit. §. *ult. Inst. eod.* Sed cur dicitur committi stipulatio, ex qua conditione exsistente pecunia cœpit deberi? An quod committi stipulationem dicimus pro committi in stipulationem? Minime: nam cum dicimus committere in stipulationem, committere idem declarat, quod peccare; ut sit, peccare in stipulationem, sive adversus stipulationem facere: quo sensu salva ratione recti sermonis non licet dicere committere stipulationem, pro peccare stipulationem. Non peccamus stipulationem, sed in stipulationem, dum adversus id, quod illa præscribit, facimus, committitur namque et peccatur delictum ipsum, et peccatum: scimus autem stipulationem peccatum non esse, sed rem eam, adversus quam extrinsecus id peccatum committitur. Sed dicitur committi stipulatio, committi pœna eadem loquendi forma, qua dicuntur committi merces in *L. commissa, supr. de publica.* qua dicitur committi edictum in *L. non putavit*, §. *in adoptionem, et L. si post*, §. *exheredati, supr. de bon. poss. cont. tab.* Dicuntur autem merces committi, quæ fisco ob delictum non profitentis vindicantur. *d. L. commissa*: quasi dicas, quæ fisco quasi traduntur in manus, ut incipiant in iure esse, et potestate fisci. Est enim committere alicui, idem quod eius arbitrio et potestati rem subiicere. Similiter dicitur committi edictum in supra scriptis locis, quod alteri velut traditur, et quo utendi fit illi potestas, cum prius eo uti non posset. Eadem plane forma et ratione verbi dicitur committi stipulatio, cum promissor contra stipulationem faciendo, stipulationem quæ antea pendebat, quasi tradit in manus stipulatori, eamque subiicit eius potestati: quod ita fit, si stipulatio eo adducitur, ut ex ea stipulatori iam suo arbitratu agere liceat. Et ut in his omnibus

bus eandem istam, quam dixi, nominis rationem, et originem esse intelligamus; quemadmodum dicuntur merces committi, et adiicitur, fisco; edictum committi, et adiicitur alteri, qui prius ex edicto bonorum possessionem petere non poterat: sic dicitur committi stipulatio non absolute, et intransitive, uti cum aliquid peccari dicitur; sed adiicitur, stipulatori, sive eius heredibus *L.* 3. *supr.* quo in omnibus istis declaratur verbo committendi significari actionem unius personæ, quæ actio in aliam porsonam transeat, quæque præterea in eam aliquid conferat; illic merces, aut edictum; hic autem stipulationem; quorum nihil in verbum peccandi potest cadere. Peccamus enim sic, non ut dicamur alteri peccare; sed in alterum; non sic, ut quidquam eo facto in eum transferamus, sed ei adimamus potius, quantum in nobis est: nam eo delictum spectat. Ait, *si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti iter fieri.* Iter facere, est ire. *L.* 1. §. *is cuius, supra, de iti. ac priva.* huius autem stipulationis *mihi ire licere spondes*, eadem forma est, quæ illius, cuius mentio sit in *L.* 3. *supr. habere licere spondes?* †

7 Ergo ut in illa hoc significatur, per te non fieri spondes, quominus mihi habere liceat, ut illic docuimus: sic his verbis ire licere spondes? hoc exprimi existimandum est, per te non fieri spondes, quominus mihi ire liceat? Et omnino Cato his verbis, *iter fieri*, hanc ipsam intelligit, ut manifeste declaratur in illis verbis, *differentiæ hanc esse rationem*: ubi Cato reddens rationem differentiæ inter eas stipulationes, quarum mentionem fecerat, scribit in priore casu omnes heredes commisisse illam stipulationem, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Quod priorem casum dicit, indicat stipulationem *iter fieri*, nam de hac priore casu egerat. Rursum quod dicit, *illam stipulationem, per te non fieri*, aperte hoc pronomine demonstrativo *illam*, declarat se et iam antea quoque hanc stipulationem, quam exprimit, posuisse: cum demonstrare non possit, nisi eam, de qua prius mentionem fecerit: quod si hæc præcedentibus ullis verbis expressa est, illis certe continetur, *iter fieri*, non aliis: nam et illorum vis ac potestas eadem est, ut dixi, et perspicuum est illam alteram, *amplius non agi*, quam et ipsam prius posuerat, nihil habere commune cum hac, *per te non fieri, quominus ire agere liceat*: neque vero plures ante posuerat Cato, quam has duas, iter fieri, et amplius non agi. Ait, *quod in priore casu omnes commisisse videntur (quod nisi in solidum peccari non poterit) illam stipulationem, per te non fieri.* † Bene monent Taurellus, 8
et Duarenus in hac oratione verba illa, *quod nisi in solidum peccari non poterit*, legenda esse per parenthesin: ut sit hic sensus, in priore casu omnes commisisse videntur illam stipulationem per te non fieri, idest, omnes adversus eam fecisse; quoniam in eo casu nisi in solidum peccari non poterit quandoque ab heredibus. Nam quod quidam defendunt recte ista legi uno contextu, ut sit sensus, in priore casu omnes commisisse, id est peccasse, et fecisse adversus stipulationem videntur, quia nisi in solidum peccari non potuerit illam stipulationem, per te non fieri; id quidem nulla ratio Latini sermonis patitur: etenim ex hac lectione in duo manifesta peccata incidimus: unum, quia dicimus peccare stipulationem, pro eo quod est, peccare in stipulationem, contra usum et rectam rationem loquendi omnium Latine loquentium ut supra docuimus: alterum, quod manifestum solœcismum invehimus, qui inest in illis verbis, quod illam stipulationem peccari non potuerit, nisi in solidum, ut enim diceremus, stipulatio committi non potest, non autem stipulationem committi non potest, nisi vitiose loqui vellemus: ita his ipsis authoribus, quibus committere in hac specie significat peccare, dici deberet illa stipulatio peccari non potest, non autem illam stipulationem peccari non potest. Scio recte dici peccari potest in illam stipulationem; sed quemadmodum recte dicitur committi potest in stipulationem, non autem committi potest stipulationem: sic recte, peccari potest in stipulationem: non recte, stipulationem peccari potest.

Sed videamus, ne non idem hic sit) Iam tandem quoniam ad locum ventum est, doceamus horum verborum eam sententiam esse, quam initio capitis diximus, hanc nimirum: † Sed in hac stipulatione: *dolum malum abesse a te heredeque tuo*, de qua nobis posita quæstio est, vel de qua affirmat Sabinus, sententia mea non est idem, idem, supple quod in ista, de qua proxime Cato egit, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat.* Principio convenit inter eruditos omnes hæc verba, *sed videamus, ne non idem sit*, non dubitationem habere, sed affirmationem, perindeque valere, ac si dictum esset, sed non est idem; de quo veterum loquendi more cum in his verbis, tum in aliis multis similibus, quæ dubitantium speciem præ se ferant, non habebit quisquam unquam, quod dubitet, qui legerit quod de hoc genere copiose collegit Franc. Duarenus *Lib.* 2. *disp.* 9

cap.

cap. 11. Iam vero, *hic*, valere, in hac sti-
10 pulatione, omnes intelligunt. † Quam stipu-
lationem notet, videamus. Et duorum alterum, aut indicare id demonstrativum unam aliquam stipulationem ex iis, quæ nominantur in §. *Cato*; aut certe ad eam de qua initio capitis instituta disputatio est, idest, *dolum malum abesse*, referri necesse est. Prius nullo modo defendi potest, relinquitur igitur posterius. Aio non posse hoc demonstrativum, *hic*, ulli stipulationi convenire ex iis, quæ in §. *Cato*, proponuntur. Si esset aliqua ex his, ad quam referri posset, ea esset proxima, ut hoc verbum ad proxima referri solet, non ad remotiora. Ea est autem stipulatio per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat; nam in hanc proxime desiit Paulus, postquam Catonis verba retulit; ad hanc vero referri non potest; nam si dicimus, *hic*, idest, in hac stipulatione, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, non esse idem; siquidem intelligimus non esse idem, quod in stipulatione, iter fieri, quasi reprehendatur Cato, quod illam initio individuam esse dixerit, falsum dicimus, cum utraque, non dico factum individuum contineat, sed plane sit eadem, ut in explicatione verborum Catonis ostendimus. Sin intelligimus non esse idem, quod in illa stipulatione, *amplius non agi*, verum quidem dicimus, cum in altera factum individuum contineatur, in altera, dividuum: sed hæc sententia neque verbis, neque menti Pauli convenire potest. Observandum est enim Paulum non affirmare tantum aliquid hoc loco, sed ea affirmatione vel reprehendere, vel mutare aliquid eorum, quæ supra vel a Catone, vel a Sabino de superioribus stipulationibus dicta erant, ut vis adversativæ satis indicat. At prius superiores istas duas stipulationes inter se non comparaverat Cato, sed separaverat aperte, ut profecto si idem nunc Paulus affirmet, non reprehensione in eo opus fuerit, sed assensu et approbatione, ut diceret: et vere Cato non idem esse dixit in hac stipulatione proxima, quod in illa, *amplius non agi*; nam re vera maxime differunt. Sed quorsum Paulus id confirmare vellet non verbo, cum Cato rationes suæ sententiæ reddidisset, quæ multo magis rem ostenderent, quam simplex Pauli affirmatio? Non potest igitur hoc demonstrativum, *hic*, ad stipulationem proximam, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, referri. Quid, an putamus referri ad illam, *amplius non agi*, ut sit sensus, sed in hac stipulatione, amplius non agi, non est idem, quod in illa, per te non fieri, quominus ire agere liceat? At hoc neque vis pronominis demonstrativi patitur, quod ad proxima tantum refertur; neque concedit ratio sententiæ, quia isto modo confirmaret Paulus id ipsum, quod Cato prius posuit de utraque stipulatione; nunc autem apparet ex verbis Pauli propositum illi esse reprehendere ex præcedentibus aliquid, non confirmare. Atqui, ut iam dixi, hoc demonstrativum aut ad istas, quas dixi, aut ad stipulationem, *dolum malum abesse*, de qua initio proposuerat, referatur, necesse est. Cum effectum sit ad priores non referri, quid restat, nisi ut ad posteriorem referatur? Ergo erit hic sensus, quem supra ostendi: Sed in hac stipulatione, *dolum malum abesse*; non est idem, intellige quod in ea, de qua proxime factus est sermo, quam Cato individuam esse dixit. Neque vero, quominus ita interpretari debeamus, vis demonstrativi repugnabit, quod diximus tantum ad proxima referri debere: Nihil est enim in omni sermone magis propinquum, vel verius, nihil magis proprium eius sermonis, quam id de quo institutum est sermo, sive id quod positum est in quæstione. At proposita quæstio est de hac stipulatione, *dolum malum abesse*, sive de ea interrogat Paulus, an eadem sint in ea, quæ in præcedentibus, sive verba Sabini de ea stipulatione affirmantis posuit, ut illa excuteret ad regulam, et definitionem Catonis traditam de factis istius generis individuis et dividuis; quare sententiam suam postea interponens circa ea quæ præcesserant, bene atque adeo convenientissime hanc stipulationem nominat, dum eam designare vult, de qua quærebatur, et de qua hæc tota disputatio erat instituta. Quamobrem si de verbis Pauli, structura et compositione orationis quæritur, nihil est in his, quod superiorem interpretationem plane non admittat. Sed refragatur fortasse ratio sententiæ, quæ inde efficitur: quoniam sententia
falsa est. † Quid ergo, si non tantum verbis 11
convenit, sed etiam verissima per se sententia est, non esse idem in stipulatione, *dolum malum abesse*, quod in illa proxima, *per te non fieri, quominus ire agere liceat*; sed magis idem, quod in illa, *te heredemque tuum ratum habiturum*: an quidquam deest ad huius interpretationis et sententiæ rationem, quominus eam amplecti et retinere debeamus? Atqui nihil est hac ipsa sententia verius. Illa stipulatio, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat*, pro parte committi non potest: denique individuum factum continet, quia ut declaratur in §. *Cato*, non potest ulla ratio-

tione, vel unus ex multis stipulatorem prohibere, quominus eat agat, quin illi tam noceat, quam si ille prohiberetur ab omnibus. Non est huiusmodi stipulatio hæc, *dolum malum abesse, a te heredeque tuo.* Nam ut aliis in rebus non possit unus heres dolo quid facere in re vendita; at certe in hac potest, si rem venditam, de qua cautum erat, pignori obligaverit, ut iam supra diximus: hæc enim pro parte pignori dari potest, et si ab uno ex heredibus data erit, non amplius, quam pro parte poterit obligari: ut consequens sit eam obligationem pro parte coheredum nihil stipulatori nocere. *L. 1. C. si com. res pig. dat. er.* Sed nobis obstat, videlicet *L. inter*, §. *quod ex facto*, *supr. fam. erc.* ubi idem ipse Paulus, qui hoc loco, has stipulationes inter se exæquans, a te heredeque tuo dolum abfuturum, et, neque per te, neque per heredem tuum fore, quominus quis eat agat; scribit in utraque, si propter factum unius reliqui teneri cœperint, ut sic in solidum commissa sit stipulatio, cæteros habituros iudicium familiæ erciscundæ cum eo,
12 qui contra fecerit. † Hoc qui superiori sententiæ tam vehementer adversari contendunt, hi mihi verba non satis attendere videntur. Non enim dicit Paulus pariter accidere in utraque, ut unius facto stipulatio committatur in solidum, et cæteri quoque heredes teneantur: sed hoc tantum, quo casu in his stipulationibus unius facto reliqui teneri cœperint, eo casu reliquos adversus eum, qui stipulationem commiserit, iudicium familiæ erciscundæ habituros. Atqui his verbis nihil amplius significat, quam in stipulatione, *dolum malum abesse*, accidere posse, ut unius facto in solidum stipulatio committatur. Quod nos concedimus: interdum enim id quod fit dolo malo, individuum est, et peccari nisi in solidum non potest: ut, si unus ex heredibus veneno infecerit rem venditam: sed non ideo hinc efficitur, quidquid fit dolo malo, id esse huiusmodi: et vero palam est non semper id evenire: interdum enim quod fit ab uno herede, divisionem recipit, ut pignoris datio; quo in genere unius oppignorantis facto cæteri non tenentur, sed is solus qui oppignoravit, et is quidem pro portione tantum sua, quia partem tantum suam oppignoravit, ut declaratur in §. *Cato*: hoc vero de stipulatione, neque per te, neque per heredem tuum futurum, quominus mihi ire agere liceat, dici non potest: quæ omni ex parte factum individuum continet, nec unquam in ea potest accidere, quin unius facto in solidum committatur, ut eodem §. satis expositum est. Non est igitur, ut ad id quod propositum est, redeam, non est idem in stipulatione, *dolum malum abesse*, quod in illa *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat.*

Subiicit Paulus, *sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium heredemque eius ratum habiturum.*) Sensus est, in hac stipulatione, dolum malum abesse, non est idem, quod in illa superiore proxima; sed idem est, quod in illa, *Titium heredemque eius ratum habiturum.* Idest, hæc stipulatio, dolum malum abesse, potius similis est illi, Titium heredemque eius ratum habiturum. † Et omnino 13
ita res habet, ut fit omni ex parte similis, dummodo conveniat, de quo promissore hic agatur. Nam et procurator alieno nomine agens, iubente prætore cavet Titium dominum litis, heredemque eius ratum babiturum, neque aliter actio ei datur ex edicto. *L. servum*, §. *ait prætor*, *L. non solum*, §. 1. *supr. de proc.* quæ ideo prætoria appellatur. *L.* 1. *L.* 2. §. *incertam*, *infr. de præt. stip.* ac de ea agitur sub titulo, Rem ratam haberi. † Hanc 14
Paulus non intelligit hoc loco, ut sequentia facile ostendunt; cum dicat ex ea stipulatione, de qua loquitur, eum teneri, qui ratum non habet: at ex superiore stipulatione non tenetur is, qui non habet ratum. Est enim in potestate domini ratum non habere iterum de re ad se pertinente agendo: et vero ex stipulatione procuratoris obligari non potuit. Ne procurator quidem, aut heres eius ex ea stipulatione potuit teneri: primum quia iterum agere non possunt isti, obstante his rei iudicatæ exceptione, deinde quia si agerent, tamen ex eorum facto stipulatio non committeretur; cum de facto suo aut heredum suorum procurator non caverit, sed de domini facto. Procuratoriam igitur stipulationem, ut dixi, non intelligit. Quam igitur? Nempe hoc restat, ut intelligat eam, quæ cum domino ipso interponitur qua ille promittit se heredemque suum ratum habiturum, quod cum procuratore suo actum erit: cui stipulationi tunc locus est, cum dominus id agit; ut procuratoris sui persona confirmata illum necessitate satisdandi liberet, ut est in *L. si procuratorem*, *supr. de proc.* Recte illi iudicio meo, qui eam conventionalem esse dicunt, non prætoriam: cum neque domino ea iniungatur ullo edicto, et iudicium procedere possit cum procuratore, etiam sine hac satisdatione. Hac stipulatione a domino interposita, quamvis cum procuratore eius actum sit, et adversus illum sententia dicta; tamen non obstat res cum alio iudicata, quominus iterum dominus hæresve eius

eius possit de eadem re agere, atque ita ratum non habere, quod cum procuratore eius actum est. Sed si aget unus ex eius heredibus, quia facit contra stipulationem, committatur stipulatio ad pœnam, aut in id quod
15 eius interest, a quo iterum petitur. † Ergo huic stipulationi similem facit eam, de qua agitur, dolum malum abesse; merito, nam utriusque eadem omni ex parte conditio est.
16 † In stipulatione, *dolum malum abesse*, alias factum individuum continetur, alias dividuum, ut supra docuimus. In stipulatione, *dominum, heredemque eius ratum habiturum*, idem plane accidit. Facit enim adversus hanc stipulationem vel promissor dominus, vel heres eius, si iterum petat a stipulatore, id, de quo prius cum illo per procuratorem actum est; porro in eo, quod petitur, interdum solida et individua petitio est singulorum heredum, interdum dividua, et pro parte tantum hereditaria cuiusque. Finge prius actum fuisse a procuratore de servitute, cum is victus esset, ibi unum ex heredibus promissoris iterum petere servitutem; non potest is agere, nisi in solidum, quia res natura sua non recipit divisionem. *L.* 2. §. *ex his*, *supr.* Itaque et is unus stipulationem committit in solidum ex definitione Catonis itidem ut fieret in stipulatione, dolum malum abesse, si unus in solidum in rem, de qua cautum erat, dolum admisisset. At si prius procurator egerit de specie certa, aut certa quantitate, et unus ex heredibus promissoris iterum agat, hic vero rei natura dividuæ non nisi partem petere poterit: cum certo iure ea, quæ in nominibus sunt, dividantur inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea, quæ. C. fam. erc.* ut dicendum sit ex definitione Catonis, cum factum dividuum sit, hunc heredem stipulationem committere pro portione tantum sua. Atqui hoc idem plane fit in stipulatione, *dolum malum abesse*, cum unus ex promissoris heredibus servum de quo cautum erat, dolo malo pignori obligat. Id enim non nisi pro parte potest facere. An quisquam igitur his cognitis neget recte stipulationes istas inter se comparari? non equidem arbitror, nisi res certissimas contradicendi studio in dubium revocet. Video tamen esse in verbis Pauli hoc loco, quod dici possit superiori sententiæ adversari, non quo negetur stipulationem: *dolum malum abesse*, continere interdum factum dividuum, et hactenus esse similes illi, *Titium, heredemque eius ratum habiturum*: sed quo probetur hanc posteriorem semper continere factum dividuum, ait enim Paulus, hac stipulatione uno ex heredibus contra faciente non omnes heredes teneri, sed eum solum, qui non habuerit ratum: quod non fit, nisi ubi stipulatio dividuum factum continet. Quod si verum est, semper erit hæc stipulatio dividua: illa autem altera, *dolum abesse*, non semper, quo efficietur non esse idem per omnia in utraque, ut Paulus dicit. Sed non sunt ea verba Pauli, ex quibus colligi possit ex hac stipulatione, *Titium heredemque eius ratum habiturum*, semper unum ex heredibus posse pro parte ratum non habere, atque ita ea stipulatione semper factum dividuum contineri. Observandum est enim ea non ad omnem heredem pertinere, sed ad eum, qui solus ratum non habet. Is intelligendus est solus ratum non habere, qui petit pro parte hereditaria, quod petit. Nam quod in partes dividi non potest, si unus ex heredibus in solidum petit, ut eum petere necesse est, id ab omnibus peti videtur, ut est in definitione Catonis. Ergo qui pro portione tantum sua agit, eum Paulus ait solum teneri: hoc qui dicit, non negat teneri omnes heredes, si unus ex heredibus aliquid in solidum petat, quia pro parte petere non possit: imo vero ex contrario huius facto omnes teneri potius confirmat, quasi ex huius facto ratum non habuisse videantur.

Ait, *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non possit.*) Si hæc verba a superioribus divulsa, uti hoc loco scripta sunt, ita simpliciter et sine adiuncto accipimus; sententia aperte falsa est; dominum pro parte ratum habere non posse. Non enim tantum refellitur ex L. *si procurator*, *inf. rem rat. hab.* sed etiam ratione manifesta. Nam si dominus, qui promisit se ratum habiturum, quod cum procuratore actum erit, potest in totum ratum non habere, idest in totum petere, ut hic significatur: quanto magis partem petere? non enim debet, cui quod plus est, licet, quod minus est non licere. *L. non de-*
bet cui, *infr. de reg. iur.* † Dicendum est 17
igitur hoc dictum accipiendum esse ex conditione, et hypothesi toti huic loco proposita. Erat autem posita hypothesis in principio §. *Cato* de eo, qui promisit se non facturum, et si contra fecisset, pœnam: quæstio, si contra factum, quatenus committatur pœna. Proinde quod hic dicitur dominum pro parte ratum habere non posse, ex hac ipsa hypothesi intelligendum est, ut scilicet non possit, quin pœna adversus eum in solidum committatur. Diversa est caussa heredum eius, ex quibus unus si adversus stipulationem petat, idest, ratum non habeat, solus tenetur, ut hic Paulus scribit, et ut Cato loquitur, in facto di-

dividuo pœnam adversus se committit pro portione hæreditaria non etiam adversus cæteros.
18 † Qui fit igitur, ut promissore pro parte agente pœna in solidum committatur: herede autem uno similiter pro parte agente, non item committatur in solidum? Id efficit conditio stipulationis pœnalis, hac enim pœna solida promittitur, ad quacunque quantitatem usque ratum non habeatur: sed hac lege, dum is pœna teneatur, qui aliter quam cautum sit fecerit; facit autem promissor, qui contra stipulatione ratum non habet, etiam si minima ex parte amplius agat; quare et pœna adversus eum in solidum committetur ex conditione stipulationis. At contra stipulationem nihil faciunt reliqui coheredes, qui amplius non agunt; ita necesse est etiam ex conditione pœnalis stipulationis pœnam adversus eos non committi, sed adversus eum solum, qui ratum non habuit: quo admisso et illud recipi necesse est, ut pœna non in solidum adversus eum committatur, sed solum pro portione hereditaria; nam in solidum si committeretur, etiam reliquos heredes teneri oporteret, non eum, qui contra fecisset; is enim cum pro parte heres sit, in solidum ex stipulatione hereditaria teneri non potest ad eam rem; quæ divisionem recipit. Ergo ex persona heredum immutatur conditio obligationis, dixerit aliquis, contra quam supra a Paulo definitum est in *L.* 2. §. *ex his*, *supr.* Imo conservatur maxime, dum utrobique is tenetur, qui contra stipulationem fecit; id cavetur, ne ii teneantur, qui contra nihil fecerunt; promissor tenetur in solidum; quia solida obligatio in persona eius constitit: heres non nisi pro parte tenetur, quia et hactenus ad eum obligatio hereditaria pervenit. Utrum cum hac sententia, quæ et ipsa sententia, est. §. *Cato*, *supr.* pugnet. *L.* 5. §. *ult. infr. eod.* illic videbimus.

Ad §. Si is qui duplam.

Si is qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis: unusquisque ob evictionem suæ partis pro portione sua habebit actionem: Idemque est in stipulatione quoque fructuaria, et damni infecti, et ex operis novi nuntiatione. Restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Hæc utilitatis caussa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

SUMMARIA.

1. *In omnibus faciendi obligationibus, quæ factum individuum continent, promissoris heredes quatenus teneantur, exempli quatuor stipulationum declaratur.*
2. *Quæ sit duplæ stipulatio: item fructuaria: damni infecti: et ea quæ ex novi operis nunciatione est.*
3. *Quid in suprascriptis stipulationibus contineatur, et an pro parte id præstari possit.*
4. *Quid in stipulatoris heredibus.*
5. *Interpretatio verborum*: utilitatis caussa.

Docuit Paulus supra L. 2. §. *item si in facto*, idemque traditum est in L. 3. *supr.* in stipulationibus, quæ in non faciendo consistunt, hoc distare heredes promissoris ab heredibus stipulatoris, quod si factum individuum sit, uno ex promissoris heredibus contra quam cautum est, faciente, cæteri tenentur omnes; ex heredibus stipulatoris si eo facto nocitum sit, solum eum actionem habere, cui nocitum est, cæteros non habere, quorum nihil interest: cuius differentiæ rationem illic exposuimus. † Hic Paulo propositum est docere, generalem esse hanc sententiam in omnibus faciendi obligationibus, 1
etiam iis, quæ in faciendo consistunt, quæque id factum continent, quod individuum sit, ut uno ex heredibus promissoris non faciente, quod promissum est, stipulatio hereditaria in solidum committatur adversus omnes vel ad pœnam, quæ adiecta erit, vel in id quod

quod stipulatoris interest. Quod si uni ex stipulatoris heredibus non præstetur, quod promissum est, cæteris aut præstetur, aut eo nomine satisfiat, idem, hic quoque sequi nos ait, quod supra, ut is cui id præstitum non est, solus actionem habeat pro portione hereditaria. Id Paulus declarat exemplis harum quatuor stipulationum, duplæ, fructuariæ, damni infecti, et ex operis novi nunciatione.
2 ris novi nunciatione. † Duplæ stipulatio est, qua venditor emptori promittit duplam, si res vendita evicta erit. *L. 2. L. emptori, supr. de evict.* Dupla est, dupla quantitas, et id quod uno verbo dicitur, duplum in *L. vindicantem, supr. de evict. et L. penult. C. eod.* Ex hac stipulatione hoc suscipit venditor, ut emptorem iudicio defendat, ne res evincatur. *L. in exsecutione, §. solidum. L. cum ex caussa, infr. eod.* Stipulatio fructuaria est, qua fructuarius in re fructuaria accipienda promittit se ea re usurum, fruiturum boni viri arbitratu, et finito usufrctu restituturum se, quod inde exstabit. *L. 1. supr. usuf. quemad. ca.* Stipulatio damni infecti est, qua dominus ruinosarum ædium promittit vicino, se quod damni contigerit loci, ædium, aut operis vitio, id præstaturum vicino. *L. fluminum, §. adiicitur, §. quanquam, §. item videamus, supr. de dam. inf.* unde intelligimus promissorem ex hac stipulatione debere restituere, idest, demoliri opus, seu ædes ruinosas, si velit damni nomine, quod ex ruina contigerit, non teneri. Stipulatio ex operis novi nunciatione est, qua is, cui opus novum nunciatum est, si postea iudicatum erit eum non iure ædificasse, promittit se quod ædificaverit, restituturum, idest, demoliturum. *L. stipulatio,*
3 *tota, supr. de oper. no. nunc.* † Igitur in stipulatione duplæ defensio continetur; in fructuaria rei fructuariæ restitutio; in stipulatione damni infecti restitutio, seu demolitio operis ruinosi; in stipulatione ex operis novi nunciatione, restitutio seu demolitio operis contra nunciationem non iure facti. Nihil horum pro parte præstari posse hic scriptum est in extremo. Id enim significant illa verba: *ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest*, non dixit neque restitutio operis; sed generaliter et infinite *neque restitutio*, ut intelligamus hoc ad omnem restitutionem, quæ suprascriptis stipulationibus continetur, referri. Et sane hoc ita est, ut nihil istorum possit præstari pro parte: non potest videlicet unus ex heredibus promissoris pro parte defendere. *d. L. cum ex caussa, infr.* propterea quod non potest emptori pro parte præstari, ut illi rem habere liceat, ut docui ad *L. 3. supr.* fit autem defendendo, ut rem emptori liceat habere: Non potest item ex stipulatione fructuaria restitui res, nisi in solidum, quod qui negant non videntur legisse *L. si duo, supr. depo.* in qua Ulpianus diserte scribit, nisi pro solido rem non posse restitui. Præterea non animadvertunt in restituendo contineri tradere: at res pro parte tradi non potest: unde et stipulatio rem tradi inter eas stipulationes numeratur, quæ divisionem non recipiant, in *L. stipulationes non dividuntur, infr. eod.* In stipulatione autem damni infecti, et ex operis novi nunciatione certum est opus pro parte restitui non posse, quemadmodum nec potest pro parte ædificari. *L. 2. infr. de præt. stipul. L. stipulationes non dividuntur, infr. eod.* † Hæc quanquam ita 4
sunt ex parte heredum promissoris; tamen aliter recepta sunt ex parte heredum stipulatoris: nam si uni ex stipulatoris heredibus res pro parte eius evicta sit, nec defensa, aut res non restituta, aut opus factum non destructum uni illi nocuerit; is solus aget eo nomine pro sua parte, cæteri non agent, quorum nihil intererit, idque ita receptum est, inquit Paulus, *utilitatis caussa*: ubi utilitatis caussa interpretari non debemus, eius quod interest caussa: non quod utilitas non aliquando id significet, ut *L. 2. supra, de eo quod cert. loc.* et alibi: sed quia ea significatio non modo non conveniat proposito Pauli, sed sit etiam pene contraria. Nam si cum uni ex heredibus stipulatoris non præstatur, quod promissum est; ideo ei soli datur actio, quia eius solius interest; quid fiet, ubi pœna est promissa, si non fiat, quod promissum est? nempe consequens erit eam propter fidem uni ex heredibus non præstitam, omnibus heredibus committi, etiam quorum nihil intersit; quia cesset ratio superior, propter quam dicebamus cæteros coheredes actionem non habere: ideo enim non habent, quia ipsorum non interest: at in pœna id quod interest agentis non spectatur: proinde etiam nulla habita eius quod interest ratione, pœnæ persecutio cæteris heredibus dabitur: quod menti Pauli adversatur: cuius hæc est sententia, cum uni ex heredibus promissoris res non defenditur, aut non restituitur, eum solum habere actionem, non etiam cæteros, etsi pœna promissa sit. *L. 2. §. ult. et L. 3. supr. eod.* Non

Non dubium est, quin Pauli ratio spectet ad obiectionem tacitam diluendam, quæ hic de pœna occurrebat, hanc nimirum, in solidum committi omnibus heredibus, si vel uni ex heredibus præstitum non sit, quod debuit: hoc enim efficere videtur conditio stipulationis pœnalis, si me heredemve meum non defenderis, si mihi heredive meo non restitueris, decem dabis? idque ipsum summo iure ita accidere in stipulationibus, quæ in non faciendo consistunt, idem Paulus confirmat in *L.* 2. §. *ult. supr.* Atque hoc idem agnoscit, et hoc loco in hoc genere stipulationum, de quo agit: sed summo iure, inquam, cæterum contra receptum esse ait, *utilitatis caussa*; † quod sic interpretandum est, quia utile id, quia æquum et bonum est, ut sit id ex eo genere, quod alibi dicitur contra subtilitatem disputandi, seu verborum, propter utilitatem communem contrahentium receptum esse. *L. ita vulneratus, circa fi. supr. ad leg. Aq. L. sed an viæ, sup. de pig.* Et hoc est, quod ille in *d.L.* 2. §. *ult. supr.* pœnam quidem ait committi in solidum: sed eos heredes, quorum nihil interest, si agant, exceptione doli removeri posse: nempe quia non sit æquum, non sit utile, eis quorum nihil interest, pœnæ actionem dari: cuius rei rationem illic reddidimus. 5

Ad L. Stipulationum. 5.

Pomponius Libro XXVI. ad Sabinum.

Stipulationum aliæ iudiciales sunt, aliæ prætoriæ: aliæ conventionales; aliæ communes prætoriæ et iudiciales. Iudiciales sunt, dumtaxat quæ a mero iudicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio. Prætoriæ, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur: veluti damni infecti. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ: nam et hæ ab iurisdictione veniunt. Conventionales sunt, quæ ex conventione reorum fiunt: quarum totidem genera sunt: quot, pene dixerim, rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto. Communes sunt stipulationes, veluti rem salvam fore pupilli: nam et prætor iubet rem salvam fore pupillo caveri: et interdum iudex, si aliter expediri hæc res non potest. Item duplæ stipulatio venit ab iudice, aut ab ædilis edicto.

S U M M A R I A.

1. *Divisio stipulationum in Conventionales, Prætorias, etc. quo spectet, et quem usum præbeat:* et n. 31.
2. *Unde disputationis huius difficultas.*
3. *Nihil hac in divisione redundare, nihil deesse.*
4. *Verbum iudicialis stipulationis, ambiguum.*
5. *Iudicis appellationem pro Iudice privato, seu a Prætore dato, non pro Magistratu accipi.*
6. *Prætor quando pro officio Magistratus, quando vero pro Iudicis officio facere quid intelligatur;* et n. 9. et 11.
7. *Conventionalis stipulatio, an recte a cæteris distinguatur.*
8. *Definitio stipulationum iudicialium, eiusque explicatio.*
10. *Quando Iudex quis esse incipiat, et quod Iudicis officium.*
12. *Regula generalis de Prætoriis stipulationibus.* et n. 33.
13. *Tria remedia, quæ ad stipulationes Prætorias iniungendas a Magistratu adhibentur.*
14. *Quæ utilitas in distinguendis stipulationibus iudicialibus a Prætoriis.*
15. *Ædilitiæ stipulationes cur in Prætoriis contineantur, et quid sint.*
16. *Definitio Conventionalium stipulationum explicata.*
17. *Rei in usu iuris qui.*
18. *Hæc verba, pœne dixerim, cur a IC. adiecta.*
19. *Communes stipulationes quæ.*
20. *Vulgares interpretes auctoritate Theophili in errorem inducti.*
21. *Stipulatio Rem pupilli salvam fore, quando iussu Iudicis interponatur*, et n. 23.

22. *Theo-*

22. *Theophili lapsus.*
24. *Exceptio satisdationis, rem pupilli salvam fore, initio litis Tutori non opposita, an iudicio cœpto obiici possit.*
25. *His verbis Pomponii:* hæc res, *quid intelligatur: ubi pro demonstrativo* hæc, *auctor* huic, *substitui posse censet.*
26. *De stipulatione rem ratam haberi.*
27. *Duplæ stipulatio num ædilitia.*
28. *Duabus de caussis duplum promitti, et de utra hic agatur.*
29. *Quam recte Communes hæ appellentur, quæ alibi dicuntur Prætoriæ.*
30. *Ædilitia unde sit dicta, et de quo ædilium edicto Pomponii locus accipiendus.*
32. *Quomodo cum omnis stipulatio, non nisi ex utriusque partis consensu perficiatur, quædam tamen necessariæ sint, et ex alterius iussu etiam invitis iniungantur.*
34. *Ex necessariis enumerantur Prætoriæ stipulationes.*
35. *Ulpiani sententia in* L. 1. inf. de Præto. stipul. *illustrata.*
36. *Regula generalis de iudicialibus stipulationibus, earumque per divisiones variis ex caussis tam respectu actoris, quam rei desumptas enumeratio.*
37. *Cur cum stipulationes contractus sint, hi autem ex libera contrahentium voluntate pendeant; illarum tamen quædam contra, quam contractuum ratio postulare videtur non ex promissorum voluntate, sed ex alieno iussu concipiantur.*

NON satis vim atque utilitatem huius divisionis expendere vulgo mihi videntur, qui ideo eam institui existimant, ut cum intellectum erit quasdam esse conventionales stipulationes, quasdam prætorias, sic deinde de earum interpretatione statuatur, diversam hanc esse nimirum iuxta *L. in conventionalibus, inf. eod.* Non enim ideo stipulationes conventionales sunt, aut prætoriæ, ut earum interpretationem diversam esse statuamus: sed ideo varie eas interpretamur, quia prius eas inter se diversas esse, et aliam atque aliam origi-
1 nem habere constitit. † Longe alio spectat hæc divisio, longeque alium usum præbet in cognoscenda natura stipulationis. Pertinet autem ad libertatem et necessitatem stipulationis interponendæ explicandam, cui quæstioni tunc locus est cum de consensu agitur in stipulatione contrahenda. Scilicet ex ea intelligimus, etsi omnes stipulationes contrahuntur consensu; non omnes tamen conventionales esse et voluntarias, sed et quasdam esse necessarias, quæ non ex conventione contrahentium, sed ex alterius iussu et imperio proficiscantur. Cum autem permagni referat cuiusque, non temere cogi ad promittendum, quod nolit, et non debeat: magnam esse utilitatem huius divisionis necesse est, si ex ea intelligere licet, quis cogi possit, a quibus, quando, seu quibus in caussis, et quid cogi possit promittere. Id autem recte exposita hæc divisio nobis præstabit. Sed res non tam expedita est, quam a multis existimatur.
2 † Est in partibus divisionis difficultatis nonnihil. In definitionibus ipsis generum singulorum non paulo plus. Sed in exemplis prætoriarum, ædiliciarum, et communium, quæ hic et alibi proponuntur, longe plurimum, et haud scio, an tantum, quantum ab aliis nondum satis perceptum sit, aut satis expositum. Sunt enim exempla eiusmodi, ut quidvis potius esse videantur, quam quod dicuntur; ac mihi quidem in his explicandis cum aliis, quos adhuc legi, nullo modo convenit. Accedit ad quæstionis, et explicationis eius difficultatem, quod prætermissum est hoc loco et similibus, (quod tamen præcipue ad quæstionem huius loci pertinebat) quot stipulationes sint ex officio Prætoris, quot sint ex officio Iudicis. Hæc nos omnia dedimus operam, ut quam simplicissime et dilucidissime explicaremus, quando loci utilitas postulabat; quibus expositis tum deinde huius divisionis locum et usum subiecimus, quæ si paucis consequi non potuimus propter rerum difficultatem, et nonnullam explicationis novitatem, æquum erit in re utili ac prope cognitu necessaria veniam dari paulo pluribus verbis. Est ergo primum, quod circa divisionem ipsam dubitetur, et quod circa generum ipsorum definitiones. † In divisione hæc videri pos- 3
sunt inesse vitia, quasi et quædam genera hic prætermissa sint, et rursum quædam ex his, quæ enumerantur otiose adiecta, cum alia aliis satis contineantur: ex quo etiam deterius videri possunt alia ab aliis esse distincta. Primum non nominantur hic cautionales stipulationes: quod tamen genus positum est ab Ulpiano in *L. 1. infr. de præt. stip.* unde et videri potest hoc loco prætermissum. Sed non ita est, non appellantur hoc loco diserte cautionales stipulationes: sed verbo prætoriarum satis continentur; sunt enim et hæ prætoriæ; cum eas

eas Ulpianus prætoriarum stipulationum speciem faciat in *d. L. 1. de præt. stip.* Neque quisquam miretur, quod eæ hoc loco non nominentur, at nominentur ab Ulpiano; hic enim dividitur genus ipsum stipulationis, cuius non alia genera summa sunt, quam hæc quatuor, quæ hic enumerantur: eo non licuit in his cautionalem stipulationem appellare eam; quæ nominatur ab Ulpiano: cum ea non sit unum ex illis generibus summis, sed unius generis summi species, nempe Prætoriæ stipulationis. Apud Ulpianum autem dividitur Prætoria stipulatio; genus unum videlicet ex illis summis quatuor, quæ dixi, cuius species inferiores cum tres hæ statuantur, iudiciales, cautionales, communes, ideo necesse habuit in his enumerandis uti cæteras species, sic cautionales nominatim recensere. Iam in generibus hic comprehensis, videri potest Pomponius vitiose hæc duo genera constituere, iudiciales et Prætorias stipulationes, tanquam diversa inter se: cum potius iudicialis sit Prætoria, certe Ulpianus Prætoriam facit, qui in ea divisione, quam modo dixi, stipulationem Prætoriam dividens ei generi subiicit iudicialem, *d.*
4 *L. 1. infr. de præt stip.* † Et necesse esset dici alterutrum fieri vitiose, siquidem utrobique iudicialis verbum idem significaret. Nunc autem, quod utriusque loci definitiones facile ostendunt, ambiguum est verbum iudicialis stipulationis, quod aliter hoc loco, aliter Ulpiano usurpatur, atque uterque suo sensu de re statuit rectissime. Interdum dicitur a Iudice, ut sit iudicialis quæ iubente iudice interponitur, ut hoc loco: hoc sensu recte a Prætoria distinguitur: nam quatenus talis est, nunquam potest esse Prætoria. Interdum dicitur a iudicio, ut sit quæ interponitur iudicii caussa, quo ratum fiat, ut constat ab Ulpiano definiri; hæc vero potest iubente Prætore citra controversiam interponi, ea est, quam ille facit Prætoriam, ac quatenus talis est, non possit dici iudicialis eo modo, quo hic iudicialem definimus, ut sit quæ ab officio iudicis proficiscatur. Imo, dixerit aliquis, et si iudicialis dicatur, quæ proficiscitur ab officio iudicis; tamen non recte distinguitur a prætoria; cum idem sit Prætor, seu Magistratus, et Iudex: nam et Magistratus iudices erant. Hoc posterius si licet
5 negare, quæstio omnis tollitur. † Itaque si verum est, quod eruditi quidam hoc loco ad defensionem afferunt, Iudicis appellatione olim intelligi Iudicem privatum, seu Iudicem a prætore datum, non contineri autem prætorem, cuius esset pro iurisdictione iudicem dare, non iudicare: nihil est explicatu facilius. Sed vereor, ut sit tutum in eo consistere. Mihi quidem multis argumentis probatur Prætores, tametsi iudicem ut plurimum dare solerent, tamen et iudicare potuisse, si vellent, et adeo sæpe iudicasse, denique video eos a veteribus Iudices appellari. Inde titulus de rebus auctoritate Iudicis possidendis; ubi Iudicis, valet Magistratus, neque enim alius iubet possideri, quam Magistratus. *L.* 3 §. *1. supr. de reb. eo.* Inde illud Ulpiani in *L. 1. supr. de iud.* cuiusvis Iudicis, qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio. Sed nihil necesse est in hunc locum eam disputationem invehi, quæ a me alio loco commodiore tractata est: neque vero nunc ista defensione admodum opus esse iudico. Constat aliquem esse posse iudicem, qui non sit Magistratus, qualis est Iudex a Magistratu datus, ut si isto iubente interponatur stipulatio, nemo negare possit hanc a mero Iudicis officio proficisci, constat et aliquem prætorem esse posse, et aliqua iure Magistratus facere, qui tamen nulla in caussa Iudex sit, ut si eius iussu stipulatio interponatur, omnes intelligant proficisci eam ab officio solius prætoris, et Magistratus. Sed etsi Prætor, seu quivis Magistratus in aliqua caussa Iudex sit, de qua ut pro potestate, seu vetere, seu nova cognitionem et iudicium susceperit, si quam deinde stipulationem ab aliquo pro officio exigat, tamen hoc dico non minus in eo discretum esse officium Iudicis ab officio Prætoris, quam ante, nec minus, quam ante, facile esse discernere, utrum illa pro officio Iudicis iniungatur, an pro officio Prætoris. Etsi enim unus et idem duorum partes gerit: diversæ tamen sunt, et disiunctæ partes Iudicis, et Prætoris, et eiusmodi, quæ eodem tempore in eundem hominem non concurrant. Sic autem discerni possunt; † nam si quid Ma- 6
gistratus pro potestate faciat sine iudicio, aut non alicuius iudicii caussa, id facere existimandus est pro officio Prætoris, et Magistratus, quia in eo partibus Iudicis non fungitur: sin aliquid facit lite apud se contestata, idque eius iudicii caussa, in quo Iudex sedet, id vero pro officio Iudicis facere intelligitur, non prætoris; quia id facit magistratus quidem, verum ut Iudex, non ut Magistratus, eiusque rei argumentum est, quia idem faceret in eo iudicio pro potestate Iudicis, etsi Magistratus non esset, sed Iudex tantum a Prætore datus. Ita fit, ut nunquam

quam non sit officium iudicis distinctum et separatum ab officio Prætoris, eoque semper recte distinguatur Iudicialis stipulatio a Prætoria, sive Prætor omnino Iudex esse non possit, sive in eundem Magistratum cadat, ut sit idem et Magistratus, et
7 Iudex. † Videamus etiam in hac divisione, ne non satis recte distinguatur conventionalis stipulatio a cæteris, quasi et hæ non sint conventionales; nam et cæteræ ex conventione reorum fiunt, quæ definitio est hoc loco conventionalium stipulationum, nec ulla omnino esse potest stipulatio, quæ non habeat in se conventionem. *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Et est omnino ita, ut si conventio tantum spectetur in stipulationibus, hac in re nihil distent conventionales a cæteris. Sed illud tenendum est, quod conventionales dicuntur non eo fieri, quia conventionem habeant, sed quia ex conventione fiant, idest, exsistant et nascantur; non sic prætoriæ aut Iudiciales; habent et hæ conventionem reorum, sed ita, ut hinc primum non proficiscantur, sed extrinsecus ex iussu et officio Prætoris aut Iudicis. Ita distant conventionales ab aliis non conventione et consensu, sed caussa et origine huius conventionis interponendæ. Recta igitur divisio, in qua neque pauciora genera sunt, quam sit necesse, neque plura; in qua neque deest quidquam, neque redundat. Constituta divisione, definitiones singulorum generum et exempla ex-
8 pendamus. † Iudiciales, inquit, sunt duntaxat, quæ a mero Iudicis officio proficiscuntur. Ex officio Iudicis, valet, ex iussu Iudicis §. *ult. Inst. de divis. stip.* Proficiscitur ex iussu, quæ ab hoc iussu initium habet; ita iudicialis est in summa, quam Iudex iubet pro officio interponi: ut conventio quidem et stipulatio tota sit reorum, ut paulo ante dixi; initium autem eius interponendæ a Iudicis officio nascatur, qui eam interponi iubet. Cur igitur dicitur proficisci ex officio potius, quam ex iussu? ut intelligatur sic eam proficisci a iussu Iudicis, ut tamen non possit is iubere pro arbitrio, ubi velit, et quam rem velit promitti: sed tantum pro officio, idest, quatenus ei ex officio iudicantis facere conceditur, quia scilicet ad rem, de qua iudicium est, pertineat, quod quando accidat paulo post dicemus. Merum est, *solum*, ut recte interpretatur Theophilus, hoc modo merum ius gentium Triphonino dicitur, quod per se spectatur sine præceptis civilibus in *L. bona, supr. depo.* et merum imperium dicimus, quod est solum, idest, sine iurisdictione, ut contra mixtum, quod iurisdictionem admixtam habet. *L. 3. sup. de iurisd. L. ult. supr. de offi. eius.* Sed cur additur merum, cum sufficeret dicere, quæ proficiscuntur ab officio iudicis? nam quæ ab officio Iudicis est, ea quatenus inde proficiscitur, non potest esse ab officio prætoris. Et certe sufficeret dicere officium Iudicis, si id ageretur solum hac definitione, ut distinguerentur iudiciales a prætoriis. Nunc autem additum est verbum merum in utraque definitione, non quo distinguatur iudicialis a prætoria, aut prætoria a iudiciali, sed ut distinguantur ambæ a communibus. Est enim communis, quæ non solius est iudicis, aut solius Prætoris: sed alias iudicis, alias prætoris. Iudicialis autem, quæ simpliciter ita dicitur, ea est, quæ ab officio iudicis proficiscitur, et eo quidem mero, idest, solius iudicis, prætoris nunquam; quemadmodum contra prætoria, quæ sic proficiscitur ab officio prætoris, ut nunquam iubente iudice interponatur. Et ideo in definitione iudicialium ita dicitur, iudiciales sunt duntaxat, ut intelligatur definiri eas, quæ nihil aliud, quam iudiciales sunt; non autem ita sunt iudiciales, ut sint aliquando prætoriæ, idest, eas quæ non sint communes. Eadem sententia est verborum in prætoria stipulatione, cum ita definitur, ut sit, quæ a mero Prætoris officio proficiscitur. *d. §. ult. Inst. de divis. stip.* Quando autem stipulatio proficisci intelligatur ab officio iudicis, non prætoris, vel contra: seu quando interponi iubeatur a Iudice, ut Iudice, a Magistratu, ut Magistratu, præsertim cum eam interponi iubet iudex, qui idem sit Magistratus, et si supra attigi, quo superiorum generum distinctio intelligeretur: tamen hoc loco, ubi præcipue de hoc officio agitur, dicendum videtur paulo explicatius. Id ita assequemur, si cognoverimus, quando Iudex esse incipiat, et quibus rebus eius officium contineatur. † Nam si quis stipulationem iure 9
interponi iubet, cum de re aliqua iudex esse cœpit, non alias iussurus, et firmandi eius iudicii caussa id facit, ac nisi a reo pareatur, iis remediis eum cogit, quæ sunt propria iudicis; tum eam stipulationem a iudice esse, aut ab officio iudicis recte dixeris. Contra si qua est eiusmodi, quam quis iure interponi iubet; tum cum de alia re iudicium apud eum institutum non est, aut nisi pareatur, non iis remediis ad cogendum utitur, quæ sunt iudicis: etiam si futuri alicuius iudicii firmandi caussa ea in-

interponitur, tamen intelligere debebimus,
hanc non esse iudicis, neque ab officio
eius proficisci; ex quo efficitur esse eam
ab officio prætoris; quia necesse sit, quæ-
cunque iussu alterius iure iniungitur, ab
alterutrius officio proficisci, Iudicis aut Præ-
10 toris. † Quando ergo iudex quis esse inci-
pit? cum lite contestata res ad eius cogni-
tionem et iudicium delata est; lite enim
contestata res in iudicium deduci, ac pro-
inde ex eo iudicium initium capere dicitur.
*L. unica, C. de lit. contest. L. 1. C. de
iud.* Quænam sunt autem partes, et quod-
nam officium iudicis? Id positum est dua-
bus in rebus. Primum ut de re in iudicium
deducta cognoscat: deinde ut de qua re
prius cognovit, de ea et iudicet. *L. de qua
re, supr. de iud. L. iudices, C. eod.* Iu-
dicatio autem est in sententia et pronun-
ciatione iudicis; pronunciatio horum alte-
rutro continetur, ut eum unde petitur, vel
non convictum absolvat, vel convictum con-
demnet. *L. 1. supr. de re iud.* Ex his de
11 re proposita æstimetur. † Ergo si quis Iu-
dex lite contestata iubet aliquid pro officio
caveri, et nisi caveatur, eum quem iussit
condemnat in id, quod adversarii interest,
aut reum absolvit: sciamus hunc tanquam
iudicem iubere, quod iubet, etiam si ma-
xime sit Magistratus, aut Prætor; quia in
eo iubendo iure tantum et partibus iudicis
fungitur, unde et stipulatio iudicialis me-
rito nominetur. Quod si Prætor aut alius
Magistratus lite apud eum non contestata de
alia re, idest, iudicio de alia re non insti-
tuto iubet aliquem adversario postulanti quid
cavere, quod iure publico recte postuletur,
et si non caveatur, non utitur condemna-
tione, aut absolutione, sed aliis remediis:
quæcunque remedia hæc fuerint certo sta-
tuemus id eum iubere tanquam Prætorem,
seu pro officio Prætoris: unde et stipulatio
prætoria iure dicatur. Id vero in omnibus
stipulationibus cum iudicialibus, tum præ-
toriis licet observare: ac de iudicialibus fa-
cile id comprobant ea exempla, quæ de
his afferuntur et hoc loco, et in *Instit.*
sub titulo, de divisione stipulationum;
nempe de dolo malo, et de servo perse-
quendo, qui in fuga est; quarum stipula-
tionum rationem et usum si quis requiret,
Theophilus explicabit, et ita, ut ex eius
explicatione facile quivis intelligat in his
id spectari de iudicio, et iudicis officio,
quod supra diximus. Nec dissimile iudicium
est de cæteris. In prætoriis stipulationibus
paulo difficilius dictu est, qua nota in his
officium Magistratus agnoscamus, neque
enim omnes sunt unius generis, et pleræ-
que adhibentur iudicii confirmandi caus-
sa, ut sciri potest ex ea divisione prætoria-
rum, quæ est in *L. 1. infr. de præt. stip.*
† sed ne quid sit necesse hic attingere 12
singulas, hæc de omnibus in universum
erit regula, nullam ex illis interponi iussu
Magistratus, nisi ante litem contestatam
de ea re, de qua iudicium institui potest,
et ad quam ea stipulatio refertur. Sed
quod præcipuum prætoriæ stipulationis ar-
gumentum erit, nullæ sunt omnino præ-
toriæ stipulationes, in quibus iniungendis
Prætor adversus detrectantem condemna-
tione, aut adversarii absolutione utatur;
sed ea sunt remedia, quæ nullo modo sunt
iudicis, ut in his Magistratus personam
et auctoritatem facile liceat animadver-
tere. † Ea autem tria observare possu- 13
mus. Nam alias adversarium, qui cau-
tionem postulat, mittit in possessionem bo-
norum eius, qui non cavet; út ex caussa da-
mni infecti. *L. prætor. supr. de damn. inf.*
ut ex caussa legatorum servandorum *tit.
ut. lega. seu fid. no. ca. supr. et tit. seq.
ut in poss. leg. esse lic.* quas stipulationes
esse prætorias partim hic scriptum est,
partim in *Inst. de divis. stip. et L. 1.
infr. de præt. stip.* Alias non caventi iu-
risdictionem suam denegat; ut fit in cau-
tione iudicatum solvi, quam si quis non
præstet, Prætor eum ad alienam defen-
sionem non admittit. *§. si vero aliquis,
et seq. Inst. de satisd. L. qui proprio,
§. qui alium, supr. de proc.* ut fit in sti-
pulatione, rem ratam dominum habitu-
rum, quam nisi procurator actoris susci-
piat, Prætor ei denegat alieno nomine a-
ctionem. *L. servum, §. ait Prætor, L.
mutus. §. pœna, supr. de proc.* talis
est et stipulatio fructuaria, fructuarius se
boni viri arbitratu usurum qua cavet frui-
turum; nam hoc nisi fit, denegatur ei
persecutio ususfructus, vel possidenti re-
tentio. *L. 1. L. et si ususfructus 7. supr.
usufr. quem cau.* Atque has prætorias esse
scimus ex *L. 1. infr. de præt. stip.* Alias
actionem dat adversus eum, qui non ca-
vet, ut adversus eum, qui non cavet æ-
dilicia stipulatione, dat actionem ad manci-
pium redhibendum. *L. si venditor, supr.
de æd. ed.* Quibus cognitis non solum in-
telligitur, quam recte distinguatur Iudicis
officium ab officio Prætoris, eoque et iu-
dicialis stipulatio a prætoria; sed etiam
una aliqua ex his, quæ alieno iussu inter-
ponuntur, proposita, quæ sit prætoria,
quæ iudicialis, idest, quæ Iudicis officio,
quæ prætoris conveniat, facile et sine er-
rore iudicabimus. † Sed quod necesse est 14

nos

nos in his distinguendis laborare dicat aliquis? Quid enim refert, ab utro dicamus proficisci stipulationem, a iudiceve, an a prætore, dum intelligatur hanc proficisci ab eo, qui iubendi ius habuit, sive Iudex is sit, sive Magistratus? Et sane nihil admodum referret, si de persona tantum iubentis ageretur, nihilque inter istas et in tempore eas iniungendi interesset, et in iis remediis, quæ ad istas iniungendas adhibentur. Nunc cum in utroque tantum intersit, quantum supra exposuimus, vel hinc satis intelligitur, quanti referat, nosse, utrum a Iudicis officio stipulatio esse dicatur, an ab officio prætoris. Iudicialem esse cum dicimus, hoc dicimus nunquam iniungi eam, nisi lite contestata, et ab eo qui de re iudicat, et quatenus stipulatio ad id iudicium pertinet; ac si quis cavere iussus detrectet stipulationem, non aliud habere iudicem quod faciat, quam ut non caventem condemnet, aut adversarium interdum absolvat. Contra prætoriam cum esse dicimus, hoc significamus, primum nunquam ab alio eam exspectari posse, quam a Magistratu; a Iudice dato frustra. Deinde hanc iniungi ante litem contestatam; tum si recusetur, ad cogendum non esse constitutam condemnationem non caventis, aut adversarii absolutionem, sed ea remedia quæ supra diximus, quæ constat non esse iudicantis. Sed iam ad reliqua pergamus.

Ait, *prætorias autem sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam ædili-*
15 *ciæ.*) † An quod Ædiles fuerunt Prætores, ut sic ædiliciæ contineantur in prætoriis, uti species in suo genere? minime: constat enim Ædiles non fuisse Prætores, nec Prætores Ædiles, sed diversos hos et maxime diversos Magistratus fuisse, quod cum omnes historiæ testantur: tum vero si qui adhuc aliter docent, ita esse discere potuerunt ex *L.* 2. §. *deinde cum placuisset*, *supr. de orig. iur.* ut verissimum sit, quod quidam monent, pro his verbis, quæ recte leguntur in Pandectis Florentinis, *nam et hæ a iurisdictione veniunt*, male reposuisse quosdam in Institutionibus, *nam, et hæ a iurisdictione* Prætoris *veniunt.* Nam quomodo a iurisdictione Prætoris, si Ædilis Prætor non est? Quod si ita est, sine dubio ædiliciæ non sunt prætoriæ. Quomodo igitur dicuntur appellatione prætoriarum contineri? Non verbi significatione, sed scriptoris sententia. Est enim hic loci sensus, quod de prætoriis dictum est, id sic accipiendum esse, ut dictum intelligatur de omnibus, quæ ab officio cuiusvis alius Magistratus proficiscantur, cuius generis sunt ædiliciæ; quoniam ut omnium eadem ratio est, sic de omnibus idem ius statui oportet. Et hoc est, quod subiicit: *nam et hæ a iurisdictione veniunt*; ut sit non ab edicto, sed a potestate iuris dicundi; hoc enim perinde valet, ac si ita dictum esset: omnium interponendarum eadem caussa est, et origo, iurisdictio nimirum Magistratus. Proficiscuntur prætoriæ a iussu et officio Prætoris: nempe propter iurisdictionem et imperium, quo ille fretus cogendi ius habet; in quo inest iuris dicundi potestas, quam habet ille, non quia Iudex sit, sed quia prætor, habiturus etiam, si nunquam iudicet. Et ædiliciæ item a iurisdictione veniunt. Nam et eas ipsi Ædiles non tanquam Iudices, sed pro iure potestatis, proque iurisdictione, quam in quibusdam caussis cum Prætoribus parem habent: eodemque modo et extra iudicium iubent interponi, proinde et de his ex superiore genere satis dictum esse existimandum est, ut vere dici possit prætoris officium exempli caussa positum esse, ut sub Prætoris persona, idest, ex nobiliore specie Magistratus, velut συνεκδοχικῶς orationis compendio cuiusvis Magistratus officium, qui eandem in stipulationibus aliquibus interponendis iurisdictionem habet, intelligatur. In quo iuris auctores commoditatem dicendi secuti sunt, facilius est enim, et ad loquendi consuetudinem, atque orationis brevitatem aptius, dicere prætorias stipulationes, quam Magistrales, aut Magistratuum stipulationes. Ædiliciæ autem sunt; quibus venditor cavet de re vendita hoc modo, rem morbosam non esse, vitiosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse, non esse denique in aliqua caussa ex iis, de quibus ut caveatur, edicto ædilium cautum est. *L. itaque*, *supr. de æd. ed. L. si ita quis*, *L. quia dicitur*, *supr. de evict.* quæ omnes ideo dicuntur a mero ædilis officio proficisci, quia iubet ædilis eam interponi sine ullo iudicio, ac nisi ipso iubente interponitur, non condemnat venditorem, sed actionem dat adversus eum ad rem redhibendam intra duos menses, vel quanti emptoris intersit intra sex menses. *L. si venditor*, *supr. de æd. ed.*

Ait, *conventionales sunt*, *quæ ex conventione reorum fiunt.*) † conventione 16
sic accipe, conventione sola, ut aliunde non proficiscantur, ut et supra diximus.

Nam

Nam et cæteræ omnes stipulationes conventione rerum constant, sed non inde
10 tantum proficiscuntur. † Rerum in usu iuris ut plurimum eum dici constat, qui promittit, qui debet, eum denique unde petitur. *L.* 3. *supr. de iureiu.* *L* 1. *supr. de ed.* Sed cum in Institutionibus in explicatione huius ipsius divisionis definiantur conventionales, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur; vel hinc petere licet, quos reos hic intelligere debeamus: nempe non eos accipi debere, qui proprie ita dicuntur, ut intelligantur promissores; sed utramque partem contrahentium, id est, et stipulantem, et promittentem: quod et ipsum nomen conventionis, quo Pomponius utitur, satis nos docet: est enim conventio placitum non unius promittentis, sed duorum, id est, eius qui promittit, et eius cui promittitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* ex quo bene Accurs. *reorum* hoc loco interpretatus est, *contrahentium*: neque id præter rationem sermonis, sed maxime ex significatione verbi, et usu loquendi veterum. Reos enim a re dictos esse notum est ex Cicerone *Lib.* 2. *de orat.* ut sint omnes, quorum de re agitur: unde in usu iuris, non tantum promittendi rei dicti sunt, qui promittunt, sed etiam qui stipulantur, rei stipulandi. *Inst. de duo. reis stip. et pro.*

Quarum totidem genera sunt, quot pene dixerim rerum contrahendarum.) Ratio est, cur conventionalium stipulationum nullam hoc loco exempli caussa ponat, cum ad superioria genera demonstranda exemplis cuiusque generis sit usus; nempe quia non est necesse. Superiora genera desiderabant exempla, quia ut in stipulationibus numero paucis, nec usque adeo usitatis aut cognitis, earum exempla aut non statim omnibus occurrant, aut certe in his similitudo facile fallat incautos. Conventionalium autem stipulationum, ineptum sit etiam exemplum proferre, quod nemo quantumvis imperitus requirat: quippe earum totidem genera sunt, quot pene dixerim rerum contrahendarum, idest, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possint. Porro nemo est tam imperitus, qui si non teneat omnes modos, quibus contrahitur obligatio, at certe non teneat aliquos, eos saltem, qui in hac vita communi etiam rusticis et mulierculis noti sunt: hos adhibeat quisque, si velit, et hinc sumat exemplum sibi; quodcunque genus id erit obligationis contrahendæ, non erravesrit.
18 rit. † Sed cur addidit Pomponius, *pene dixerim*, cum sine exceptione probatum sit, quodcunque dari aut fieri ex quavis caussa potest, id et in stipulatum deduci posse, et quodcunque deductum erit, id præcipue ex stipulatione tanquam firmissimo omium vinculo adstrictum deberi? *Inst. eo. in prin. et de inut. stip. in prin.* *L. si stipulor*, 35. *infr.* An quod hæc definitio interdum in emptione locum non habet, utpote quæ de libero homine, et similibus rebus comercio hominum exemptis contrahi potest. *L. liberi*, *L.* 4. *et seqq. supr. de cont. empt.* de quibus tamen constat stipulationem contrahi non posse? *d. L. si stipulor*, *L. inter*, §. *sacram*, *infr.* Imo et ad emptionem istarum rerum hæc definitio pertinet, omninoque ita reperietur, quibus de rebus in hoc genere emptionis obligatio contrahi potest, de his ipsis et stipulationem contrahi posse, et contractum non minus valere. Non contrahitur de his stipulatio, ut hæ res debeantur; ne emptio quidem ita potest de his contrahi, ut debeantur res ipsæ, non magis, quam ex stipulatione. §. *ult. Inst. de empt. et vend.* Sed valet emptio in hoc, ut teneatur venditor ignoranti emptori in id quod eius interest, *d.* §. *ult.* Et hoc ipsum si in stipulationem deducatur, quis dubitet stipulationem valere? non enim iam liber homo promittitur, sed pecunia, res privati Iuris, quam constat in stipulatum deduci posse. At enim si quis liberum hominem stipulanti promiserit, sic stipulatio inutilis est, ut nec debeatur eius hominis æstimatio, aut id quod stipulatoris interest, ut docui ad *L. si stipulor*, *infr.* cum ex emptione liberi hominis saltem obligatio in id quod interest, contrahatur. Non fit hoc ideo quia stipulatio de eadem re contrahi non possit, sed quia non sit contracta itidem, ut est emptio. Nam in stipulatione stipulamur rem dari, non rei æstimationem: eo fit, ut nec res debeatur, quæ promitti non potuit; nec æstimatio, quæ præstari quidem potest, sed non est promissa: in emptione autem non id agitur ut homo bonis detur, sed ut tradatur. *L. ex empto*, *supra de act. empt.* In faciendi obligatione continetur id, quod interest *L. si pœnam*, *infra.* Denique videndum est, quo spectet, quamque vim habeat ea ratio, quam Pomponius subiicit: nam conventionales stipulationes, inquit, *et ob ipsam verborum obligationem fiunt* (idest, in hoc, ut ex his verborum obligatio nascatur) *et pendent ex negotio contracto*: nimirum hoc efficit sine exceptione quibus de rebus obligatio

con-

contrahi potest, iisdem de rebus et stipulationes conventionales confici posse. Nam si hæ fiunt, ut ex his obligatio constituatur, absurdum est ex aliis caussis obligationem nasci; ex stipulatione autem, quæ potissimum ad obligationem adstringendam inventa est, de iisdem rebus eam non existere. Deinde si pendent ex negotio alia ex caussa contracto, non debent alterius iuris esse, quam id negotium est, ex quo pendent: præsertim cum eius firmandi caussa adhibeantur. Cur ergo addidit, *pene dixerim*? Non otiose; non enim dixit totidem esse posse genera stipulationum conventionalium, quot sunt rerum contrahendarum; quod si diceret, hic fateremur fortasse non recte addi, *pene*, ut quidquam excipiatur: cum sine exceptione totidem esse possint stipulationes conventionales; sed dixit tot esse genera: quod si absolute dicitur, falsum est. Non enim quandocunque de re aliqua negotium contrahi potest, atque adeo contrahitur, continuo et de eo stipulatio interponitur; interdum adhibetur quidem stipulatio, sed inutiliter, ut emptioni venditioni, locationi conductioni, et nihilominus emptio venditio, locatio conductio utiliter contrahitur. *L. si stipulor*, §. *ult. infr.* In quibus vere dicitur non tot esse conventionalium stipulationum genera, quot sunt rerum contrahendarum: non quia non potuerint tot stipulationes contrahi, sed quia non sint contractæ; hac de caussa ei, qui de eo non quod esse posset, sed quod esset, affirmaret, *pene* addendum fuit. Nisi quis malit et hoc ipsum de iure accipiendum esse, et in universum vere dici tot esse iure genera stipulationum conventionalium, si quis his uti velit, quot sunt genera rerum contrahendarum: sed additam esse, *pene*, ut fit modestiæ caussa ab eo, qui quamvis existimaret perpetuum esse, quod diceret; tamen in eo vereretur affirmandi temeritatem; periculose enim definitur, quidquid de rebus tam multis, tamque variis in universum sine ulla exceptione definitur. *L. omnis*, *infr. de reg. iur.* quod magis est; nam et hac ratione dictum videtur illud, quod Caius definit in *L. fere*, *infr. de reg. iur.* fere quibus quidque modis contrahitur, iisdem in contrarium actis dissolvitur, cum præcise verum videatur, unumquodque eodem modo solvi, quo colligatum est. *L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. iur.*

Communes sunt stipulationes, veluti.)
19 † Exemplis docet communes stipulationes esse, non eas quæ eodem tempore iudiciales sint, et prætoriæ: quod fieri non potest, cum distinctæ sint partes Magistratus et Iudicis, ut diximus: sed quæ rebus ita exigentibus interdum interponantur iubente Prætore, aut Ædile; interdum iubente iudice. Huius generis tres exempli caussa commemorantur, neque vero plures occurrunt, Rem pupilli salvam fore, Rem ratam dominum habiturum, et stipulatio duplæ: duæ priores in §. *ult. Inst. de divis. stip.* prima et tertia hoc loco. De quibus video parum liquere: mihi quidem res eiusmodi esse videtur, quæ præcipuam animadversionem desideret. Priores quidem illas, Rem salvam fore, Rem ratam haberi, ut plurimum esse prætorias, idest, iussu et officio Prætoris iniungi, omnes consentiunt, quod et testatum est in *L. 1. §. 1. infr. de præt stip.* nec vero obscura est ratio, cur id dicatur. At ubi, et quomodo accidat, ut interponantur iussu Iudicis, quod suprascriptis in locis scriptum est, hoc vero non facile quivis expediat. † 20
Nam quod Theophilus hic attulit in *tit. de divis. stip.* ut eas stipulationes iudiciales esse probaret, tale esse reperietur, ut magis probet esse prætorias, in quo Theophili boni alioqui et sani interpretis auctoritas multos in errorem induxit, qui dum ei fidem habent, nec satis eius exemplum ad regulam, et rationem iuris expendunt, eo factum est, ut tanquam re explorata satis haberent lectorem ad eum remittere; nec vero cum ab illius exemplo discesseris, facile est constituere, ubi eas stipulationes officio Iudicis tribuas. De duplæ autem stipulatione, de qua ille nihil scribit, quia apud Iustinianum eius mentio facta non erat, multa occurrunt, quæ iudicialem esse, idest, iubente Iudice de ea re cognoscente interponi ostendant; quæ ædiliciam esse, idest, ab ædilis iussu et officio venire probent, aut nulla, aut perquam obscura; quinimo in contrariam sententiam alia omnia, siquidem ea, quæ diserte de hoc genere scripta sunt, spectare volumus. Atqui quod mirum est, de ea omnes ita scribunt, ut contenti idem referre, quod hic traditur, eam nimirum aut a Iudice venire aut ab ædilis edicto, solum hoc interpretandum suscipiant, quid sit hic ab edicto. Sed et in hac, et in prioribus duabus longe aliud exigere difficultatem rei res ipsa comprobabit. Et ut quo ordine istæ stipulationes supra propositæ sunt, eodem dicamus de singulis, † quo iure prima illa, Rem pupilli 21
salvam fore, Iudicialis fieri possit, consideremus. Prætoriam ut plurimum esse constat.

stat. Qua ratione talis est, hac ipsa effici videtur, nunquam eam a Iudicis officio proficisci posse: cur enim prætoria est? quia hoc munus iniungitur Prætoribus iure publico, ut dent operam, quo et tutores et curatores rem pupillo, vel adolescenti salvam fore caveant fideiussoribus datis, idest uno verbo, satisdent, ne per eos negotia pupilli vel adolescentis consumantur. *Inst. de satisd. tuto. in pr.* Ex quo et Prætor de eo adiri solet, ut tutorem eo nomine cavere iubeat; quod si iubet, perspicuum est eum pro officio et munere sibi iniuncto iubere, idest, Prætoris. Unde dum id satisdat tutor, dicitur secundum præceptum Prætoris, seu Præsidis, et secundum Iuris formam satisdare, in *L. 2. C. de tut. qui non satisd.* Ne quis autem existimet, dum id facit Prætor, ipsum in eo fungi officio Iudicis non Prætoris; consideret id postulari a Prætore, et iuberi sine ullo iudicio, sine ulla caussæ cognitione, postulantibus nimirum omnibus qui adversus tutorem eo nomine nullam actionem habent; consideret, si tutor iussus non caveat, non condemnari tutorem in id, quod interest pupilli (nihil enim adhuc eius interest) sed cogi tutorem a Prætore extra ordinem, ut alias solet cogi, tutelam gerere: *L. 1. in princ. supr. de administr. tuto.* extra ordinem, idest, remediis Prætoriis usitatis ad cogendum, puta multa indicta, aut pignoribus captis. *L. 1. §. ex hoc rescripto, supr. de inspiciendo vent.* quorum nihil est Iudicis; est enim hæc omnis cogendi potestas iurisdictionis, atque adeo imperii magis, quam iurisdictionis. *L. iubere, supr. de iurisdict.* Iurisdictio autem et imperium solius est Magistratus, aut eius cui mandata est iurisdictio, non Iudicis, quatenus Iudex est. Quomodo igitur hæc eadem stipulatio potest aliquando venire ab officio Iudicis? Si munus iubendi cavere hac stipulatione, iniungitur Prætoribus et Magistratibus, non Iudicibus; si de eo nulla competit actio, de qua Iudex, aut Iudicium constituatur; sed res a Magistratu postulatur, ut eam pro imperio præstari iubeat; si extorquendæ cautionis ratio omnis est Prætoris, non Iudicis: conficitur hanc cautionem neque per Iudicem, neque Iudicio peti, aut iniungi posse. Iam vero quid sibi vult, quod Pomponius hoc loco scribit, sic Iudicem posse interdum iubere cavere hac stipulatione, si aliter expediri hæc res non possit? vel hæc ipsa conditio facit, ne possit unquam per Iudicem hæc res transigi. Semper enim hæc res, idest, cautio aliter expediri potest: nempe per Magistratum, quia semper est Magistratus, et Prætor, a quo potius hæc satisdatio postuletur, ad cuius etiam curam illa pertinet. Hæc cum non fugerent Theophilum, is recte vidit, si quis ultro et recta hanc satisdationem petat, eam ab alio postulari non posse, quam a Prætore, aut Præside, quibus hoc muneris datum est, ut eam a tutoribus exigant. Sed si ipse tutor, qui non satisdedit, ultro quid petat pupilli nomine, et hac exceptione, quod non satisdederit, occurratur ei apud eum Iudicem, apud quem actione a tutore instituta agatur, ibi Iudicialem hanc stipulationem fieri posse ait, si is apud quem agitur, eam exigat a tutore, aut alioqui agentem non audiat. Et recte Theophilus, quod in hac specie aliquando hanc stipulationem Iudicialem esse posse iudicat. † Illud non re- 22
cte, quod iudicat id fieri posse ante litem contestatam. Sic enim scribit, *si contingat, ut ante satisdationem tutor debitorem pupilli conveniat, atque is neque respondere velit, neque Iudicium suscipere, quod tutorem dicat nondum satisdedisse: quoniam aliter Iudicium procedere non potest, iubet tutori Iudex, ad quem in Ius aditum est, ut debitori pupilli satisdet rem pupilli salvam fore, et ita invenietur hæc stipulatio communis iurisdictioni Prætoris, et Iudicis*: hæc ille. † Imo vero et hoc ca- 23
su prætoria ista stipulatio est, non Iudicialis; ex officio Prætoris proficiscens, non Iudicis. Loquitur enim ille de eo qui in ius vocatus sit, et necdum litem contestatus, qui neque respondere velit, inquit, neque Iudicium suscipere; quo tempore ut nullum adhuc Iudicium est; sic nec ullus Iudex, cum, ut supra diximus, Iudicium constituatur litis contestatione. Quis igitur tunc iubet hanc stipulationem interponi? Prætor, seu Magistratus, qui de ea re in Ius aditus fuit. Sciendum est enim, quisquis in Ius vocatur, eum recta non ad privatum aliquem Iudicem vocari, sed ad Magistratum eum, qui Iurisdictioni præest, qui vel ipse iudicare possit, vel Iudicem dare. Id declarat verbum Iuris, quo in hac re utimur. Est enim vocare in Ius, ad eum qui Ius dicturus sit Iuris experiundi caussa vocare. *§. ult. Inst. de pœn. te. lit. L. 1. supr. de in Ius voc.* Ius dicere est, Prætoris et Magistratus, non cuiusvis Iudicis. *L. 3. supr. de Iurisd.* Apud hunc igitur litem intendit tutor, qui non satisdedit, et actionem pupilli nomine sibi dari postulat, quam adversarius Iure re-

recusat, si tutor non satisdederit, rem pupilli salvam fore; hoc cavere tutorem in hac contentione quis iubebit? nempe Prætor, seu Magistratus, ad quem de ea re in Ius itum est; quo Iure, utrum Prætoris officio fungens, an Iudicis? Prætoris sine dubio; non Iudicis: non quod Prætor sit tantum; sed quod nihil hic, nisi pro Iure et potestate Magistratus possit statuere in hac stipulatione iubenda; cuius rei certissima argumenta sunt duo: primum, quod lite non contestata, eoque iudicio nondum cœpto ipse Iudicis officio fungi non potest in ea re, in qua ut nullum Iudicium est, sic nullus Iudex potest intelligi. Deinde quia si tutor id cavere iussus non pareat, nullæ aliæ sint iubentis partes, quam ut ei actionem deneget; hoc autem denegare actionem, proprium Magistratus, itidem ut dare. *L. sed etsi per Prætorem*, *§. sed etsi Magistratus*, *infr. ex quibus caussis maio.* Quod si ideo putamus a Iudicis officio proficisci, non Prætoris, quia Iudicii caussa Prætor aditus erat, longe erramus; non enim continuo Iudex est, ad quem quis vocatus est Iudicii caussa; sed tunc demum, cum lite contestata ipse cognitionem et iudicium de re controversa suscepit. Denique quidquid Magistratus ante litem contestatam inter litigatores in translatione Iudicii, seu in exceptione recusandi iudicii caussa instituta constituit, ac fieri iubet, id totum in Iure et pro officio Magistratus constituit, neque Iudice adhuc, neque Iudicio de lite constituto. Ac si quam satisdationem eo tempore exigat, ut iudicium procedere possit, eam vere esse, et dici prætoriam certissimo argumento est satisdatio, Rem ratam dominum habiturum. Ut enim a tutore pupilli nomine agente exigitur, ut ante omnia satisdet rem pupilli salvam fore, ac nisi id fit, reus iudicium suscipere non cogitur: sic exigitur et a procuratore, ut satisdet rem ratam dominum habiturum, ac nisi satisdet, frustra agit, idest, actio ei denegatur. *L. servum*, *§. ult. L. invitus*, *§. pœna*, *supr. de proc.* Ab hoc igitur non minus hæc satisdatio exigitur, ut iudicium procedat, quam illa superior a tutore. Et tamen omnes concedunt stipulationem de rato esse prætoriam, non iudicialem; nam diserte in eo numero habetur in *L. 1. §. 1. infr. de præt. stip.* et quando tandem esse potest prætoria, nisi tunc, cum initio litis a prætore exigitur, quo tempore solum de hac satisdatione agi potest? *L. Pomponius*, *§. ult. supr. de proc.* Non est igitur dubium, quin dum stipulationem, Rem pupilli salvam fore, nobis iudicialem tradere vult Theophilus, ille pro iudiciali attulerit prætoriam. Quando igitur hæc erit iudicialis? Si fingamus tutorem, qui non satisdedit, egisse adversus debitorem pupilli, et omissa quæstione satisdationis reum litem esse contestatam, atque ita iudicium de ea re, et iudicem constitutum esse; deinde inter moras iudicii, cum cognovisset reus nondum satisdedisse tutorem, tandem confugisse ad hanc exceptionem, qua agentem removeret, quod diceret eum non satisdedisse. Si in hac defensione audiatur reus, et ob id iudex iubeat tutorem satisdare, rem pupilli salvam fore, habes satisdationem iudicialem, quæ sine ulla dubitatione a mero iudicis officio proficiscatur. Nam et qui iubet, iudex est, qui lite contestata de re cognoscit; et ut sciri possit hanc illum satisdationem exigere pro officio Iudicis, incidit hæc quæstio de satisdatione in iudicium, ac si satisdatio necessaria est, non potest sine ea iudicium procedere; pertinet autem ad officium Iudicis omnem incidentem quæstionem, quæ in iudicium deducitur, examinare, ut est in *L. 1. C. de ord. iud.* Sed et ipsa cogendi ratio est Iudicis; nisi enim tutor iussus satisdet, reus sententia Iudicis absolvitur; pronunciatur enim nullum amplius iudicium esse de ea re, nullum Iudicem, neque progreditur eius potestas longius; atqui hæc potestas, atque hoc officium, solum Iudicis; ab eius officio igitur ipsa satisdatio proficiscitur. Sed an hæc idonea removendi tutoris caussa est, si dicatur non satisdedisse? maxime: nam hac satisdatione non interposita tutoris officio fungi prohibetur. *L. 3. L. ult. C. de tut. qui non satisd.* † Etiamne quæstione 24
satisdationis initio litis omissa, postea hæc exceptio iudicio cœpto obiici potest? Adeo et ante, et post litem contestatam iudicio adhuc manente potest obiici, ubi constet tutorem non satisdedisse, ut quamvis omnino opposita non sit ante rem iudicatam, et reus condemnatus sit, tamen placeat sententiam tanquam inutilem reo non nocere, ut re ab eo gesta, qui agendi et administrandi potestatem nullam habuit. *d. L. 3. C. de tut. qui non sat.* In quo ne quis nobis obiiciat satisdationem ratihabitionis, quæ dicitur, si ante litem contestatam omissa sit, postea opponi non posse: *d. L. Pomponius*, *§. ult. supr. de proc.* etiam in ea idem iuris est, ubi constabit procuratorem, qui iudicio expertus est,

est, mandatum a domino non habere. *L. licet, C. de proc.* Ne dubitemus igitur, si iudicio cœpto cum tutore adversus debitorem pupilli agente, reus illi obiiciat ipsum non satisdedisse, et probet, quin ut ad Iudicis officium pertinet admittere exceptionem, et iubere, ut tutor caveat, ita illo cavente sit hæc cautio et stipulatio Iudicialis, ut quæ a iussu et officio solius Iudicis veniat. Nec ad rem pertinet, quod hanc satisdationem Prætorum curæ committi diximus. Quæ enim, si de his principaliter agatur, proprie ad iurisdictionem alicuius pertinent, ea si in iudicium per consequentiam incidant, ad iudicis cognitionem et officium pertinere incipiunt. *d. L. 1. C.*
25 *de ord. iud.* † Et quod dicitur hoc loco a Pomponio interdum iubere Iudicem caveri, rem pupilli salvam fore, *si aliter expediri hæc res non potest*: his verbis, *hæc res*, perspicuum est cautionem non esse intelligendam, sed iudicium, seu rem, de qua agitur. Cautio enim semper per Prætorem expediri potest, cum ab eo postulabitur: ut si in ea interponenda nunquam aliter officio Iudicis locus sit, quam si cautio per Prætorem, seu per Magistratum non possit expediri, nunquam in ea Iudici locus sit futurus; quod est contra manifestam Pomponii sententiam. At iudicium non semper expediri potest, nisi Iudicis iussu hæc cautio interponatur. Id cum acciderit, eius officio cautio permittenda est: quia ut iudicium procedat, id facere est necesse. Et fortasse pro, hæc res, legendum est, huic res, hoc modo: *si aliter huic res expediri non potest*; hoc quidem et vis verborum et sententiæ ratio exigere videntur. Huic enim indicat Iudici, cuius proxime mentio facta est. Res intelligitur ea, de qua apud Iudicem agitur, et in qua exigitur cautio a tutore. Nec dubium est, quin in utroque verbo conveniat sententia; vere enim dicitur res iudici aliter expediri non posse, ubi hac stipulatione non interposita, ipse in iudicio longius progredi non potest. Quod si, *hæc res*, legitur, neque id demonstrativum ad cautionem, Rem pupilli salvam fore, aut ad rem pupilli referri potest repugnante sententia, cum et sine Iudice pupillo recte caveri possit; neque potest eam rem indicare, de qua Iudicio agitur, refragante verbi significatione, cum hæc res prius appellata non sit, demonstrativum autem, *hæc*, ad ea tantum, quæ proxime præcesserunt, referatur. Quam fuerit autem proclive pro *huic* adscribere, *hæc*, et affinitas literarum, et demonstrativi convenientia cum nomine rei quod sequitur, facile ostendunt. † Quid, an eadem di- 26
cemus de stipulatione, rem ratam haberi, quæ a procuratore alieno nomine actionem postulante exigitur; Iudicialem nimirum non esse hanc, si ante litem contestatam exigatur, ut Theophilus putavit: sin postea, esse Iudicialem, ut illam superiorem Rem pupilli salvam fore? Ego vero de ea longe aliter, quam Theophilus, ac vulgus opinetur, iudico: hanc videlicet procuratore agente nullo modo unquam a iussu Iudicis proficisci posse: denique solum esse posse prætoriam. Neque vero eo Iure cognito, quod de hac stipulatione, seu satisdatione constitutum est, difficile est id intelligere. Aut enim ante litem contestatam exigetur, aut postea. Si ante, Prætoriam esse supra effectum est; nam a quo tunc iniungeretur, nisi a Magistratu, apud quem agitur: et quæ cogendi ratio est, nisi ut Prætor actionem non det? tum autem quando esset Prætoria, si hoc casu non est? Quod si ab initio omissa postea Iudicio cœpto exigitur, posset esse Iudicialis si iussu Iudicis interponeretur. Nunc autem post litem contestatam frustra exigitur, estque contra officium Iudicis eam iniungere. Verba de ea Ulpiani sunt in *L. Pomponius, §. ult. supr. de proc.* Ratihabitionis autem satisdatio ante litis contestationem a procuratore exigitur; cæterum semel lite contestata non compelletur ad cautionem. Et hoc verum est citra controversiam, si adhuc tantum dubitetur de domini mandato; et quid, si certum postea esse cœperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse? Iuste quidem id illi obiiciet reus et post litem contestatam, quia hoc casu etiam nullum iudicium est. *L. licet, C. de proc.* Sed non ideo Iudex hanc satisdationem ab illo exiget; quantumvis enim is, quem constat non esse procuratorem, satisdationem offerat: tamen alieno nomine adversus reum invitum agere non potest. *L. 1. C. de proc.* adversus volentem potest, qui ultro satisdationem admiserit: sed hoc modo conventionalis erit satisdatio, non Iudicialis, ut quæ ex sola conventione reorum inter volentes, non ex iussu Iudicis inter invitos concipiatur. Non est tutor, qui non satisdedit, similis falso procuratori; nam tutor, qui iure tutor datus est, satisdatione quantoque interposita administrationem rerum continuo recipit; quia et ante vere tutor erat, et si ante prohibebatur ab administratione: falsus

sus autem procurator non facit ulla satisdatione oblata, atque adeo præstita, ut sit procurator, qui antea non fuerat. Ideo ille oblata satisdatione recte agit, et in Iudicio cœpto recte perseverat tanquam tutor: hic quia non est procurator, sive satisdet, sive non satisdet, frustra alterius nomine, qui non mandavit, experitur. Quare si hæc satisdatio ante litem contestatam interposita a iussu Prætoris proficiscitur, non Iudicis; post litem autem contestatam nulla est, quæ quidem officio Iudicis iniungatur; consequens est eam nullo unquam tempore adversus procuratorem ab officio, seu iussu Iudicis proficisci posse. Atqui apud Iustinianum scriptum est etiam satisdationem de rato communem esse, et ut superiorem illam, sic hanc interdum ex iussu Prætoris, nonnunquam ex iussu Iudicis concipi, idest, interdum esse et Iudicialem, quod nunc quæritur. Et hoc verum est: sed sciamus nunquam talem esse posse adversus procuratorem alieno nomine agentem, a quo hæc satisdatio exigatur; id quod mihi antea satis demonstratum videtur. Quando igitur, aut quis huic stipulationi, ut Iudiciali relinquitur locus? Tunc, cum tutor egit pupilli nomine, et Iudicio cœpto dubitari cœpit, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit. Constat enim etsi alias tutor non caveat, rem ratam pupillum habiturum; tamen his casibus hanc satisdationem ab eo exigi, ne adversarius decipiatur. *L. vulgo*, *supr. de adm. tut.* Quod si ante litem contestatam hæc satisdatio a tutore exigi potest ex supra scriptis caussis, poterit et post litis contestationem ex iisdem caussis exigi, ubi de potestate tutoris reus postea dubitare cœperit: neque enim ei imputari debet, quod eam non exegerit initio ab eo, quem tutorem putabat, et qui si vere tutor esset, nihil eiusmodi cavere debuit. Ac si ante litem contestatam satisdatio hæc iniungetur, erit prætoria, ut supra docuimus: si post litem contestatam, quia rem hanc officio et iussu Iudicis, qui de re cognoscit, transigi necesse est, erit hoc casu citra dubitationem Iudicialis.

27 † Iam de stipulatione duplæ videamus. Duplam a venditore de re vendita promitti constat, non tantum de rebus soli, sed etiam de mobilibus, quæ pretiosiores sint, itemque de mancipiis. *L. emptori*, *supr. de evict.* constat et illud, promitti eam ob evictionem, idest, hac conditione: si res vendita evincatur. *L. si tibi liberam*, *L. penult. C. de evict.* Hanc stipulationem duplæ si intelligimus, hic subsistamus, necesse est: hæc enim Iudicialis est sine dubio; ædilicia nunquam, sive ædiliciam interpretemur, quæ proposita sit edicto Ædilium, sive eam quæ concipiatur ex Ædilis iussu. A Iudice eam proficisci posse non dubitabit, qui intelliget eam peti actione ex empto. *L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *sup. de æd. ed.* cuius est enim in eo iudicio iubere, ut is venditor, cum quo agitur, duplam promittat, nisi Iudicis? et quo minus dubitetur hunc iussum esse Iudicis, quatenus officio Iudicis fungitur sciendum est, si venditor ad extremum non caveat, hunc Iudicii exitum esse, et hanc cogendi rationem, ut dupli condemnetur reus. *L. 2. supr. de evict.* quam condemnationem propriam esse Iudicis supra diximus. Iudicialis est igitur, quæ per iudicem petitur, et iniungitur per iudicem, et in qua iniungenda eo remedio Iudex utitur, quod proprium est solius Iudicis. Sed fortasse et ædilicia esse poterit. Excutiamus diligenter, quæ dicantur ædiliciæ, et ad eam definitionem hanc stipulationem revocemus; reperiemus ædiliciam esse non posse. Aut enim ædilicia erit, seu, ut loquitur hoc loco Pomponius, dicetur venire ab Ædilis edicto, quia edicto Ædilium de ea cautum est, aut quia proficiscitur ab Ædilis edicto, idest, imperio et iussu. Nihil de ea edicto suo præcipiunt Ædiles: eo enim edicto de morbis, vitiisve rei venditæ illi cavent, et si quid est earum caussarum, quibus fit, ut vel usus rei emptori impediatur, vel eius rei nomine aliquid præstare debeat: quidquid idest, certe de evictione rei venditæ non cavent, eoque nec de duplæ stipulatione ob evictionem, ut edictum declarat, quod extat in *L. 1. sup. de æd. ed.* Inde distincti tituli in Digestis, de ædilicio edicto, et de evictionibus. Quod si verum est, satis argumenti est ne a iussu quidem Ædilis eam proficisci posse. Intelligendum est enim non de omnibus rebus iurisdictionem fuisse Ædilium, sed de quibusdam tantum caussis, ut est in §. *Prætorum*, *Inst. de iur. nat.* nempe de iis, de quibus edictum est ab illis propositum: quod si eo edicto nihil, neque de evictione, neque de duplæ stipulatione ob evictionem cautum est, ut ostendimus, conficitur, nec de duplæ stipulatione ob evictionem interponenda apud Ædiles agi potuisse. Quis autem non intelligit eam iussu Ædilis interponi non posse, quæ ab Ædile non petitur, et si peteretur, de qua invito adversario Ædilis iurisdictio non fuit? Quanquam etsi concederemus

mus de ea cautum esse edicto Ædilium, eoque et de ea apud Ædilem agi posse; non tamen video, quomodo dici possit ab eius officio et iussu proficisci. Si quo alio modo peti posset, quam actione ex empto, per iudicem videlicet, aut alia eius extorquenda ratio esset, quam condemnatio Iudicis in duplum, dubitare possemus, an esset ædilicia: nunc cum aliter obtineri non possit, si recusetur, quam iudicio, et per Iudicem partibus Iudicis fungentem, quomodo ab officio Ædilis proficisci videri potest? Petetur ab Ædilibus, inquies: iubebunt illi venditorem duplam promittere. Quid tum, si venditor recusabit? quomodo illum cogent? Si actionem dabunt ad redhibendum, agnosco Magistratum potestate, et officio Magistratus fungentem: quippe qui ita iubeat duplam promitti, ut remediis ad cogendum Magistratus propriis utatur. Dat enim alterius rei nomine actionem: hæc autem pœna est ad cogendum constituta, remedium unum ex multis ad cogendum proprium Magistratus: hoc, inquam, si Ædiles faciant, agnosco ædiliciam stipulationem, idest, eam quæ a mero Ædilis officio proficiscatur. At hoc illi non faciunt, sed necesse habent, si dupla non promittatur, prius de ea iudicium constituere, quo quæratur, an ea præstari debeat, ut si eam consequatur emptor postea, tamen non nisi sententia Iudicis eam consequatur. Quare etsi proponeres ante litem contestatam stipulationem duplæ iubente Ædile interponi ab eo, qui ad Ædilem in ius vocatus esset, et iudicium metuit: non ideo tamen stipulatio dicenda esset ab officio et iussu Ædilis proficisci: non enim iussus et imperium Magistratus habendum est, quod is qui iussus est, impune contemnere potuit, nisi prius de ea ipsa re quæ petitur, iudicio actum fuerit, et reus eo iudicio condemnatus: quemadmodum solutionem, quæ actione aliqua petitur, nemo prætoriam dixerit, quamvis reus ante litis contestationem solverit in iure apud Prætorem iudicii metu: quoniam etsi id recusaret, tamen nihil aliter Prætor de eo posset in eum statuere, quam iudicio, sive id exerceret ipse, sive iudicem daret, per quem id exerceretur. Sed illud teneo, quod supra dixi, nihil de duplæ stipulatione ob evictionem edicto Ædilium cautum esse, et quia cautum non sit, ne de ea quidem esse iurisdictionem Ædilium: absurdum porro est, ut quidquam de ea pro iurisdictione et officio iubere dicatur Ædilis, cuius de ea re non sit iurisdictio. Quid ergo, duplæ stipulatio non est communis, contra quam hic dicitur, et falsum est eam aut a Iudice venire, aut ab Ædilis edicto? Imo nihil verius: sed superius illud nos admonet non de omni duplæ stipulatione id dictum esse, sed infinite de duplæ stipulatione; vel verius de ea duplæ stipulatione, quæ possit esse ædilicia: nam quæ talis est, significatur hoc loco eam esse communem, id est, non ædiliciam tantum, sed etiam talem, quæ possit a Iudice venire. Quænam igitur hæc esse potest, cum a priore discesseris? † Id ut intelligatur, sciendum est 28
duplicem esse stipulationem duplæ, seu duabus de caussis duplam promitti. Una est ob evictionem, vulgaris illa et usitata, de qua agitur in titulo de evictionibus: hæc cum petatur ordinaria actione, et per Iudicem, præsertim autem cum de ea apud Ædiles non agatur, sine dubio non est ædilicia. Altera est ob eas caussas, de quibus edicto Ædilium iubetur caveri: puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse, et similes: cuius generis mentio fit in *L. quia dicitur, supra, de eviction.* Esse autem hanc ex edicto ædilium sic non difficile colligitur. Etenim ut in supra scriptis caussis rem non esse promittatur, edicto ædilium præcipi constat. *L. itaque, supra, de ædil. ed.* De his cum caveri iubent ædiles, nempe cautionis verbo, cautionem et promissionem in emptione usitatam accipere convenit. Porro ea est, ut vel promittatur id quod interest, quod in nuda earum rerum conceptione contineri intelligitur. *L. si ita quis*, 31. *supr. de evict.* vel promittatur dupla eius, quanto minoris res est ob id, quod aliquo morbo vitiove ex his, quæ edicto comprehensa sunt, laboret. Talem esse dublæ stipulationem, qualem diximus, idest, in emptione usitatam, atque adeo assiduam, ab Ulpiano scriptum legimus in *L. quod si nolit*, §. *quia assidua, supr. de æd. ed.* et quidem in interpretatione ædilicii edicti: ex quo coniectura capi potest, eam et de ea duplæ stipulatione agere, quæ petatur ex iis caussis, de quibus ut caveatur, præcipitur eo edicto, ut sit interpretatio edicto conveniens. Hæc vero est communis, et, ut hic dicitur, ea quæ a Iudice veniat, aut ædilis edicto. Id autem contingit hoc modo. Nam, qui de his rebus duplam sibi promitti postulat ab adversario, is adversario recusante in potestate habet aut præcise duplam ab eo petere, aut agere in hoc, ut res vendita redhibeatur. Prius

con-

consequitur actione ex empto, quæ cum in hanc quoque partem, ut ex his caussis dupla promittatur, competit: *L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *supra de ædil. ed.* tum vero eius actionis idem exitus futurus est, quem supra indicavimus, ut si venditor ante sententiam non cavet, in duplum condemnetur. *d. L. 2. supra, de evict.* Alterum consequitur edicto ædilium, quo actio ad redhibendum proposita est emptori, sive venditor de morbo, vitiove, et cæteris quæ ibi comprehensa sunt, non prædixerit; sive rem in his caussis non esse non promiserit, et quod ad consuetam eius rei cautionem opus est, non caverit. *L. 1.* iuncta *L. itaque*, *supra*, *de æd. ed.* Prius si petitur actione ex empto; quoniam hic eadem petitio est, idem iudicii exitus, qui tunc, cum duplæ stipulatio ob evictionem petitur; cum præterea non magis hæc actio in duplum ex his caussis constituta sit edicto ædilium, quam in specie superiore: par est, quod de priore illa diximus, etiam in eius duplæ stipulatione, cuius petitio ex his caussis in duplum competit, eadem omnia existimari: iudicialem nimirum hanc esse, uti superiorem, ædiliciam nunquam. Etenim si post litem contestatam interponitur, interponetur semper iussu et officio Iudicis de ea re cognoscentis: si ante litem contestatam, sit potius voluntaria, quam ex ædilis iussu: sive quod hac actione apud ædiles non agatur; sive quod etsi agatur, et is iubeat eam interponi, inutilis sit iussus: ut cui impune non pareatur, nisi de ea ipsa re sententia Iudicis præcesserit. Posterius si petitur, hic demum duplæ stipulatio est ædilicia, neque vero potest esse Iudicialis. Nam post litem quidem contestatam, ex officio Iudicis interponi non potest: cum huius officium sit condemnare reum in id, quod petitum est, non in aliud. *L. ult. C. de fid. liber. L. ut fundus, supr. com. divid.* petita est autem redhibitio ob id, quod non cavebatur, eaque in Iudicium deducta est, non etiam dupla, aut duplæ stipulatio. Ante vero si interponitur, quoniam Iudicio nondum constituto non potuit a Iudice iniungi, constat Iudicialem esse non posse; quin autem sit ab ædilis iussu et imperio, idest uno verbo, ædilicia dubitari non debet. Apud ædilem de ea re olim agebatur. Is iubebat stipulationem interponi. At ne quis iussum inanem fuisse existimet, et qui sine iudicio et condemnatione præcedente suam vim non teneret, erat in potestate ædilis iussum exsequi, actione ad redhibendum emptori data, si venditor de dupla non repromitteret: in qua actione danda licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, idest, Magistratus, et ius dicentis potestatem. Non dubium igitur, quin si huius pœnæ metu hæc stipulatio iubente ædile ante Iudicium acceptum interposita sit, vere dicatur ædilicia, ut quæ sit ab ædilis solius iussu, et efficaci iussu profecta. Effectum est igitur tres istas stipulationes, de quibus proposuimus, esse communes, Rem pupilli salvam fore, Rem ratam haberi, et duplæ stipulationem: idest, esse interdum prætorias, seu ædilicias, interdum Iudiciales: et præterea quando a Prætoris iussu, quando a Iudicis venirent, id de quo iustissimas dubitandi caussas esse ostendimus, demonstratum est. † Ex hac 29
re incidit alia dubitatio, quam recte videlicet hæ communes appellentur hoc loco, quæ alibi dicuntur Prætoriæ. Sic enim in hac divisione communes distinguuntur a Prætoriis, ut prætoriæ quæ sunt, non sint communes, ne communes sint Prætoriæ. Atqui superiores istas tres Ulpianus inter Prætorias recenset in *L. 1. §. 1. et. §. stipulatio*, *infra*, *de Prætoriis stipulat.* Et recte recenset, quatenus enim ab officio Prætoris proficiscuntur, pro eo tempore quo proficiscuntur, sunt prætoriæ, et quidem solum prætoriæ, non etiam Iudiciales: quia fieri non possit, in tam disiunctis Prætoris, et Iudicis partibus, ut quæ ab officio Prætoris est, eodem tempore sit ab officio Iudicis, aut contra. Neque hoc negat hoc loco Pomponius, sed confirmat potius evidentissime: quas enim communes facit, easdem esse dicit interdum Prætorias, seu ædilicias: eodem plane modo, ut Ulpianus. Cur igitur eas distinguit a Prætoriis? quia prætorias in hac divisione appellat, non quæ ita sunt prætoriæ, ut possint aliquando esse Iudiciales: sed quæ duntaxat sunt Prætoriæ; ut Iudiciales eas, quæ sunt tantum Iudiciales: quod declarant illa verba, Iudiciales sunt duntaxat, quibus verbis in Iudicialium definitione est usus. Declarat etiam ipsa distinctio generum: nam cum prætoriæ in hac divisione separentur a communibus, facile intellectu est prætorias dici ab eo, quæ ita sunt prætoriæ, ut non sint communes. Illud ne monendum quidem videbatur, cum dicuntur istæ modo prætoriæ, seu ædiliciæ, modo Iudiciales, ideo dici prætorias, quia proficiscantur non ab edicto publico Prætoris, sed ab officio et iussu Prætoris. Quas enim prius prætorias definivimus, nisi quæ ab officio prætoris, idest, prætoris iussu proficiscuntur? quas Iu-

Iudiciales, nisi quæ ab officio et iussu Iudicis? Atqui communes hic dicuntur, quæ utrumque illud genus diversis temporibus præstant. Sed cur dubitemus, cum et hic, et in *Inst. titu. de divis. stipu.* scriptum sit ideo stipulationes has, Rem pupilli salvam fore, et Rem ratam haberi; communes esse, quia et ista iubeat Prætor caveri, et interdum Iudex? Prætoriæ igitur et Iudiciales ex eo dictæ, quia concipiuntur ex
30 iussu modo Prætoris, modo Iudicis. † Quid, stipulationem duplæ an alia ratione ædiliciam dici arbitramur, quam quod sit ab Ædilis iussu, seu quod eam iubeat ædilis interponi? Erramus, si aliter putamus: cum supra scriptum sit sic prætorias exaudiri debere, ut contineantur et ædiliciæ: idest, ædilicias definitione prætoriarum stipulationum, aut certe ratione contineri: quibus verbis significatur, ut prætoria dicitur, quæ a mero prætoris officio proficiscitur; sic ædiliciam intelligi eam, quæ proficiscatur a mero officio ædilis. Quid igitur opus fuit id monere, quod usque adeo sit in promptu, quæret quispiam? Quia Pomponius hic duplæ stipulationem ait venire a Iudice aut ab ædilis edicto: quo verbo edictum publicum significari quis existimet, illud ipsum quod ab ædilibus propositum est, et de quo est Titulus, *de ædilicio edicto*: nec abs re fortassis. Scimus enim duplam edicto illo ædilium promitti. *L. quia dicitur, supra, de evict.* Et certum est non minus recte dici ædiliciam stipulationem, quæ proponitur edicto ædilium, quam prætoriam actionem, quæ proponitur et constituitur edicto Prætoris. §. 1. *Instit. de obl.* Et hoc plerique defendunt: ex verbi significatione fortasse non male, sed huic loco parum convenienter. Nam neque verbis Pomponii, neque sententiæ ullo modo convenit. Verba repugnant. Primum quia ædilis edictum hic nominatur; hoc verbo non significatur edictum illud publicum: hoc enim non est unius ædilis, sed ædilium, uti plures erant ædiles, a quibus fuit propositum; unde ubique edictum ædilium Curulium nominatur, et id interpretantes Iurisconsulti veteres passim de eo ita scribunt: aiunt Ædiles, præcipiunt Ædiles, loquuntur Ædiles, stipulatio est ab Ædilibus proposita, et similia. *L. 1. L. ædiles aiunt, in princ. et* §. 1. et passim alibi, *supr. de æd. ed. L. quia dicitur, L. si ita quis, supr. de evict.* Tum autem si edictum ædilium intelligebat Pomponius, non fuit dicendum disiunctim duplæ stipulationem venire a Iudice, aut ab ædilis edicto; sed coniunctim ita scribendum, a Iudice venit, et ab ædilis edicto. Nam et tunc, cum a Iudice iniungitur, venit ab ædilis edicto, si edictum ædilium intelligamus: propterea quod ideo eam iniungit Iudex, quia edictum duplam promitti iubet, nec aliter de stipulatione, Rem ratam haberi, iudicandum est, cum post litem a tutore agente contestatam ea stipulatio illi a Iudice iniungitur. Sententia vero Pomponii palam refragatur, quominus edictum ædilium Curulium hic interpretemur, etsi dictum esset venire duplæ stipulationem ab ædilicio edicto. Satis enim constat communes stipulationes hic dici eas, quæ utrumque habent, ut et prætoriæ, seu ædiliciæ sint, et quandoque Iudiciales eo sensu, quo prius prætorias, ædilicias, et Iudiciales Pomponius nominavit; in his autem prætorias et ædilicias dici certum est non ab edicto publico Prætoris, seu Ædilium, sed a iussu eorum, ut supra ostendimus; quare nec in communi stipulatione aliter ædiliciam de sententia Pomponii interpretari debemus, aut possumus, quam eam, quæ proficiscitur ab ædilis iussu; quod recte Duareno videtur. At enim Pomponius ait venire eam ab ædilis edicto; quasi vero novum sit, edictum Prætoris pro iussu et denunciatione Prætoris usurpari. Nota est hæc significatio in illis tribus denunciationibus Magistratuum, quibus absentes adesse iubentur, quæ appellantur usitate edicta. *L. ad perentorium, et seqq. L. si prætor, supr. de iud. L. contumacia, supr. de re iud.* iuncta *L. ea quæ, et L. tres denunciationes, C. quo. et qu. iud.* Ac de sententia divisionis diximus nimium multa fortassis, si verba numerantur: si res spectatur, etiam pauciora, quam res potuerit explicari: mihi quidem ad eam sententiam, quam eius divisionis esse putamus, necessaria fuisse videntur. Exposita divisione, nunc ut proposueram, vim eius atque usum paucis indi-
cabo. † Pertinet igitur, ut cœperam dice- 31
re, hæc divisio ad libertatem simul et necessitatem stipulationum interponendarum explicandam; quæstio in hoc genere tunc necessaria, cum de consensu agitur, quem requirimus in contrahenda stipulatione. Etsi enim confici dicitur verbis stipulatio, unde et verborum conceptio nominatur in definitione: tamen non valet neque perficitur, nisi ex utriusque partis consensu. *L. inter, §. 1. L. continuus, §. 1. infr. eod.* Verumque est illud Pedii relatum in *L. 1. §. supr. de pact.* nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat,

con-

conventionem, idest, placitum duorum et consensum, ut paulo ante in *ead. L.* conventio definita erat. † Hic consensus efficere videbatur, ut cuique liberum esse deberet stipulationem contrahere, aut non contrahere: quia non videretur recte dici posse consensus, ubi quis promittere cogeretur. Idque in emptionibus venditionibus, donationibus, et similibus fieri videmus: quæ quia consensu et voluntate constant, ideo traditum est neque emere quenquam, neque donationem assequi, neque damnosam hereditatem adire compelli. *L. nec emere, C. de iur. delib.* Quo exemplo recipiendum videbatur, ut quoniam stipulatio consensu constat, idcirco nec quisquam cogi debeat contra, quam velit, stipulanti promittere. Sed cur his exemplis longe petitis huius rei confirmandæ caussa utimur: cum exstet de omnibus contractibus generalis hæc sententia in *L. sicut, C. de obl. et act.* initio liberam potestatem unicuique esse habendi, vel non habendi contractus? Quare si aliud servatur in stipulatione, non abs re est, cur id hoc loco moneri oporteat. Id vero cuiusmodi sit, nos docet hæc divisio; ex qua primum hoc assequimur sic stipulationes maxima ex parte esse conventionales, idest, quæ ex sola et libera conventione contrahentium concipiantur, ut sint tamen quædam necessariæ, idest, quæ ex alterius iussu, et auctoritate proficiscantur, iniunganturque etiam invitis. Iam vero quia hoc posito quærendum fuit, quorum sit hoc iubere stipulationem interponi, ut his parere oporteat; tum in quibus ea potestas tribuitur, possintne passim et pro arbitrio id iubere: utrumque est in divisione et definitione generum expositum. Cum enim ex iis quas necessarias diximus, quædam dicuntur esse iudiciales, quædam prætoriæ, quædam communes, et Iudiciales, quæ ex solius Iudicis iussu; prætoriæ, quæ ex solius iussu Prætoris; communes, quæ interdum ex huius, interdum ex illius iussu interponuntur: fit, ut intelligamus iniungendæ promissionis potestatem penes duos esse, penes Iudicem, qui de re aliqua cognoscit, et penes Prætorem, quatenus Iudicis officio in eo non fungitur. Quod autem dicuntur hæ non ex iussu Iudicis, aut Prætoris proficisci, sed ex officio, verbo *officii* admonemur, non esse his liberum, cum velint et cuius rei velint cautionem ab invitis exigere; sed sic esse has stipulationes ex Iudicis aut Prætoris iussu; ut tamen non sit iussus nisi ex officio, id est, ex eo, quod utrumque pro officio Iudicis, aut Magistratus facere convenit.

32

Et huc usque progreditur superior divisio in hac necessitate explicanda non longius. Sed post hæc omnia hoc etiam obscurum est, quæ stipulationes Iudiciales sint, quæ prætoriæ: quæretur enim amplius, quæ stipulationes ad officium et potestatem Iudicis pertineant, quæ ad officium Prætoris, ut liceat dicere, cum istæ iniungentur, iure eas iniungi, et pro officio. Id quoniam huic definitioni deest, et tamen ad eam intelligendam in primis pertinet, conabor etiam de eo certius aliquid præcipere. † 33
Et de prætoriis sic habendum est, nullas pertinere ad officium Prætoris, nisi de quibus vel edictis, vel iure publico constitutum est nominatim, ut ab eo peti possint, et ille pro potestate atque officio possit eas imperare iis, de quibus petuntur, ne quis forte aut temere a Magistratu eas petat, aut cum præter quam quod iure conceditur petitæ erunt, eas Magistratus sibi iniungere licere existimet. Proinde quænam hæ sint, ex his partibus iuris, quibus de his cavetur petendum est. Quod si hæ adhuc nobis incertæ erunt; eas unaquæque caussa, de qua controversia erit, patefaciet; hic enim consulto illo iure, quod de ea re constitutum est, continuo stipulationem ipsam, quæ eo iure proposita est, reperiemus. Quod si etiam eas semel nosse cupimus, earum bonam partem suppeditabit Ulpianus in ea divisione prætoriarum stipulationum, quæ traditur in *L. 1. infra, de præ. stip.* quibus si paucas adiecerimus, et numerum earum, et propemodum vim et potestatem tenebimus. † Sunt ergo hæ 34
fere, si quis complecti velit, rem ratam haberi, iudicatum solvi, iudicio sisti, de operis novi nunciatione, damni infecti, legatorum caussa, rem pupilli salvam fore, stipulatio duplæ; quæ omnes commemorantur in dict. *L. 1. infr. de præ. stip.* usufructuaria, de qua in *L. 1. supra, usufr. quem. cau.* quod legatorum nomine amplius quid ceperit, quam per legem falcidiam licet, restitutum iri, de qua in *L. 1. in princ. et §. hæc verba, supr. si cui plus, quam per L. falc. lic.* de collatione, de qua in *L. 1. §. iubet, et §. quamvis, supr. de col. ho.* stipulatio, qua heres sub conditione institutus agnita bonorum possessione secundum tabulas pendente conditione, cavet substitutis de hereditate, de qua in *L. Paulus, infr. de praet. stip. L. inter, supr. qui satisd. cog.* Ne sit autem mirum, si ad hæc demonstranda Ulpiani divisionem non adhibemus, quæ legitur in *d. L. 1. infr. de præ. stip.* † 35
hæc enim non declarat, quæ sint, aut quot

quot sint stipulationes, quas ius potestatem faciat a Prætore petendi; sed ex iis quas constabit tales esse, ut superiores, docet quid petant singulæ, et quem finem in summa sibi propositum habeant; hunc ille triplicem facit, aut enim interponuntur iudicii sive iudicati constituendi caussa; aut eius rei cavendæ caussa, de qua prius nullum iudicium fuerit; aut sunt communes, unde hæc genera, quæ ille enumerat, iudiciales, cautionales, communes. Ne quid tamen putetur in ea divisione inesse, quod ad hunc locum pertineat, quod forte nos falsos habuerit, aut si quid est, ut eo recte uti possimus, non erit alienum fortasse paucis ac veluti obiter indicare, quam sententiam illa habeat. Est enim eiusmodi, quæ qualis sit non intelligatur ab omnibus. Ac video ita accipi a plerisque quasi iudiciales dicantur, quæ sint iudicii alicuius confirmandi caussa, cautionales, quæ nullius iudicii caussa interponantur, communes, quæ pro parte temporis iudicii caussa interponantur, pro parte non interponantur, qualis est iudicio sisti. Non nego, si quis divisionem suo arbitratu instituat, posse superiores stipulationes prætorias ita dividi; licet enim in illis et hanc distinctionem observare; ac si quis superioribus appellationibus ad eam distinctionem utatur, puto non erraverit. Sed nego hanc Ulpiani sententiam esse in illa divisione, liquet, ex eo, quod stipulationem, rem ratam haberi: inter cautionales numerat: quam tamen iudicii confirmandi caussa a procuratore actoris interponi constat, interponitur enim eo, ne si absolutus erit eo iudicio reus, amplius cum eo de eadem re agatur. Nec est, quod quisquam exemplum suspectum habeat. Nam præterquam quod in Florentinis, et aliis exemplaribus omnibus hæc stipulatio refertur inter cautionales, etiam in hoc genere numeratur ab Ulpiano illa, rem pupilli salvam fore, quam supra docuimus interdum iudicii firmandi caussa adhiberi, puta cum pupilli nomine is tutor agit, qui non satisdedit, et prius ab illo postulatur ea satisdatio, ut iudicium procedat. Quid ergo est? Nempe Ulpiano iudiciales sunt, quæ propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut ille scribit; sed ut ratum fiat cum effectu, idest, quæ etiam re vera ratum faciunt. Sunt autem eæ, quibus promittitur id, quod prius ex iudicati caussa præstari debebit, seu de quo is, qui promittit, iudicatus erit. Tales sunt hæ stipulationes duæ; iudicatum solvi, et ex operis novi nunciatione, quibus exemplis ille utitur. Defensor rei promittit iudicatum solvi, idest, solvi quod fuerit iudicatum, ut est in §. 1. *Inst. de satisd.* Ex operis novi nunciatione iam dixi eum, qui contra nunciationem ædificat, cavere se, quod ædificaverit restituturum, sed hac conditione, si prius iudicatum fuerit eum iure non ædificasse. Ergo illi iudiciales sunt, ex quibus non nova actio nascitur, sed actio de ea re, de qua prius competat stipulatori actio iudicati, cujus iudicati confirmandi caussa maioris cautionis loco adhibeatur stipulatio, vel potius satisdatio. Cautionales autem ille vocat, quæ et instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut sit sensus, cautionales esse non eas, quæ coniunctim horum utrumque habeant, sed duas distinctas, nimirum et quæ actionis instar habent, et præterea eas, quæ ut nova sit actio, intercedunt. Illæ instar actionis habent, quæ ultra petuntur a Prætore, ut damni infecti, legatorum, et quæ sunt similes ex superioribus. *L. actionis, supr. de obl. et act.* Sic enim hæ petuntur a Magistratu ut petuntur actiones. Et hæ quidem, cum nullius aliis iudicii caussa instituantur, sed moveantur ipsæ per se, citra controversiam iudiciales non sunt. Sed addit Ulpianus, etsi non petantur ultro aliquæ prætoriæ stipulationes, sed per occasionem alicuius iudicii caussa interponantur, esse tamen eas cautionales tantum, non etiam iudiciales, si intercedant ideo, ut sit nova actio de re aliqua, id est, ea actio, quæ de ea re, de qua agitur, sit sola, et ea, de qua actio iudicati non præcesserit. Talis est cautio, rem ratam haberi, hac enim procurator actoris non promittit quidquam, de quo ipse, vel dominus sit condemnatus; sed id, de quo nullum prius iudicium fuit, nempe id quod rei interest, si eo absoluto iterum de eadem re adversus eum agatur. Nam profecto prius de eo non agebatur, sed de eo quod domino procuratoris debebatur. Illud quidem certum est, hanc stipulationem, rem ratam haberi, non esse eam, quæ iudicium, quod cum procuratore fuit, et quo reus absolutus est, ratum efficiat, ac proinde Ulpiano non potest esse iudicialis, quantumvis enim promiserit procurator dominum ratum habiturum, quod cum reo actum erit: non tamen ideo prohibetur dominus de eadem re experiri, et quidem ita, ut non solum exceptione ulla possit removeri, sed etiam ut sit impune illi, quod egerit. Quod ad stipulationem, iudicio sisti, attinet, hæc dicitur communis, quia interdum id promittit, quod iudicio postea pronunciabitur deberi;

ri; ut si reus ad diem non stiterit, ideoque commiserit stipulationem in id, quod petitum est (ut committitur hæc stipulatio. *L. 2. §. ult. et L. 3. supra, qui sat. cog.*) postea reo secum agendi potestatem faciente actor cum eo agere pergat prius, quam ex stipulatu egerit, deinde reus condemnetur. Sic enim eveniet, ut si actor ex stipulatione, iudicio sistendi caussa agat, id petat, de quo et prius reus iudicatus est. Interdum id promittit hæc cautio, quod postea iudicatur non deberi, quod accidit in superiore exemplo, si proponas eo iudicio, quod postea secutum est, reum esse absolutum. Atque hæc de prætoriis dicta sint quæ sint prætoriæ stipulationes; sive quæ ad Prætoris officium pertineant. De iudicialibus paulo difficilior explicatio est, quænam pertineant ad officium Iudicis: neque enim certis legibus aut edictis proponuntur, ut præter eas; quæ certo iure proditæ sunt nullæ possint aliæ esse iudiciales: sed res ubique ad officium Iudicis revocatur, cum unam aliquam interponi debere legimus, ut quod de interrogationibus definitum est in *L. pen. sup. de interr.* merito possit ad has stipulationes transferri, ut dicamus, ubicunque Iudicem æquitas moverit, æque oportere interponi stipulationem iussu Iudicis. Ita semper hæc dubitatio relinquitur, quid hic postulet officium iudicis, quid æquitas quam hic requirimus. Sed tamen conandum est et hic aliquid paulo certius de eo tradere, ut quod possumus, hac quoque in parte discentium, et quærentium
36 studia adiuvemus. † Puto autem sic non male de re tota statui posse, omnes stipulationes ex officio esse iudicis, vel de quibus præstandis apud eum agitur, vel quæ iudicio de alia re principaliter instituto, ad id iudicium explicandum, vel dirimendum sunt necessariæ, nec ullas alias præterea. Tot enim sunt, quæ committuntur iudici, et in quibus eius partes versantur. Quæ per Iudicem petatur stipulatio, una est; nimirum duplæ, ex duplici cassa tamen; nempe ob evictionem, vel ob morbum vitiumve rei venditæ, et similes caussas edicto Ædilium comprehensas de quo genere satis supra diximus. Iudicio autem de alia re instituto, quæ stipulationes ad id iudicium pertinent, hæ sic pertinent, ut partim ad id promovendum referantur, partim ad controversiam recte, et sine iniuria utriusque partis dirimendam. Ad promovendum Iudicium pertinet, quæ ab eo, qui alieno nomine agit, exiguntur iure: quales sunt quæ a tutore pupilli nomine post litem contestatam petuntur, ut rem pupilli salvam fore, et rem ratam dominum habiturum: quibus, ubi, et quando locus sit, quamque pertineat ad officium iudicis eas exigere, satis supra exposuimus. Ad controversiam autem dirimendam, necessariæ sunt; quæ sunt eiusmodi, ut sine his non possit vel satisfieri actori de eo, quod ei restituendum est, vel reo consuli, ne condemnatus non teneatur eo iudicio ultra, quam oportet: hinc quædam sunt a reo cautiones, quibus actori cavetur: quædam ab actore, quibus vice versa cavetur reo. A reo, quoties, ut dixi, aliter actori de re petita satisfieri non potest. Id evenit primum in omni iudicio de servitute, quo declaratur servitutem alicui deberi, eoque ut reus eam restituat, iubetur. Hæc restitutio cum non sit in traditione rei certæ, quæ res nulla est, sed in patientia eius, qui condemnatus est, ut deinceps servitutis controversiam non faciat, sed actorem uti servitute patiatur, et si quid ad usum servitutis facere est opus, ut faciat, veluti in servitute oneris ferendi, ut parietem oneri ferendo destinatum reficiat: hæc, inquam, cum ita sint in servitute, apparet nihil esse hic, quod actori possit præstari de servitute, si nihil amplius a re expectamus, quam illam patientiam, atque illud factum, quod dixi. Fieri enim potest, ut nihil istorum reus præstet, et quidem impune nisi ad eam patientiam et refectionem Iure Civili obligetur, quod fiet, si de his rebus stipulanti actori cavebitur, neque vero restitutio servitutis aliter commode explicari potest. Ergo et istam cautionem a reo de servitute victo exigi, ut ad restitutionem rei, sic ad officium Iudicis pertinet, unde et eam in hoc genere iudicii receptam videmus. *L. et harum, L. egi, supr. si servi vind.* Accidit item, ut sine cautione satisfieri non possit actori de rei petitæ restitutione etiam in iudiciis rerum corporalium, in quibus agitur, ut res ab eo cuius prius fuerat, restituatur, ut sit in rei vindicatione, in iudicio dotis, itemque in iudiciis divisoriis. Id autem accidit interdum de re ipsa, de qua restituenda reus condemnatus est: interdum de rei commodis, de quibus sibi reus actionem comparavit: interdum de rei ipsius persecutione, ubi de re ipsa damnari non debet. Præter præsentem ipsius corporis restitutionem quæ in rei vindicatione facienda est, etiam de re ipsa ad plenam restitutionem necessaria est cautio de dolo, vel culpa præterita, si forte possessor inter

moras iudicii implerit usucapionem, certum est enim eum rem non restituere, qui deteriorem factam reddit, aut eam reddit, quæ eius facto possit evinci. L. 3. §. 1. *supr. com. L. cum quis*, 38. §. *qui hominem, infr. de sol.* ut si servum petitum post usucapionem manumiserit, aut pignori dederit, aut veneno corruperit. At periculum est, ne id possessor fecerit. Quid ergo hic fiet? actori rem suam restitui oportet, et talem, qualis fuisset, si tempore litis contestatæ restituta esset. At ob istas res condemnari reum, et litem adversus eum æstimari plane iniquum est, ubi non constet, an illa admiserit, quæ dixi. Rursum ita absolutum dimitti, ut corpore rei restituto liberetur iniquum; quid enim, si postea appareat illa peccata esse in re petita? Quid ergo fiet? nihil aliud relinquitur, nisi ut nunc non condemnetur reus, quasi re non restituta; sed tamen quia admissa esse possunt, quæ nunc latent, sic adversus futurum periculum prospiciatur actori, ut illis emergentibus postea, ei cautum esse possit eo nomine: quod ita fiet, si reus iubente Iudice cavebit nihil dolo malo suo contigisse in re petita, quo deterior fieret: proinde ut in parte restitutionis, quæ facienda est, numeranda est hæc cautio; ita ut ea interponatur, ad curam Iudicis et officium pertinet: ex quo et illa in hoc genere usitata. *L. si post acceptum, L. præterea, in fin. supr. de rei vind.* Quo loco notandum est bonæ fidei possessorem solum de dolo suo cavere debere: cæteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam. *L. si homo supr. de rei vind.* Eadem cautio recepta adversus maritum in repetitione dotis ob eandem caussam. *L. si filiofa.* 25. §. *maritum, supr. solut. mat.* Commoda quoque cuiusque rei, et fructus una cum re in restitutionem veniunt. *L. præterea, supr. de rei vind.* Et de præteritis quidem, quæ percepit, aut percipere potuit, statim damnatur reus. At si qua sunt, quæ nondum ad illum pervenerint, pervenire tamen possint postea, ut sunt mercedes rerum ab ipso locatarum, quas iure locavit, cum esset dominus, ea sunt in ea caussa, ut de his damnari non possit in præsentia: et tamen quia si quid postea inde sit consecutus, æquum est eum præstare, officio iudicis continetur, ut iam nunc de illis actori consulatur: id fiet cautione, qua cavebit reus, quidquid ex ea locatione consecutus sit, se actori restituturum. Sic maritus cavet uxori de commodis rei dotalis, quam iustus est restituere. *d. L. si filiofam.* §. *ult. sol. mat.* Sic coheres coheredi in divisione hereditatis cavet, quod ex locatione rerum hereditariarum perceperit postea, quodque de his stipulatus erit, se cum coherede communicaturum. *L. item ex diverso, supr. fam. erc.* Accidit aliquando, ut et de re ipsa et de commodis rei petitæ absolvendus sit reus; tamen ad hoc saltem teneatur, ut rem persequatur, quod fit cum de servo agitur, cuius is, qui convenitur, est dominus, (finge eum post litem contestatam usucaptum, de quo actione in rem actum erat, aut servum legatum peti) is autem servus sine culpa possessoris in fuga est. Cum sine culpa desierit possidere, de servo damnari non debet sed tamen si quid de eo penes se habet, saltem hactenus damnari eum æquum est, habet autem eius servi vindicationem, et persecutionem, ut dominus servi: hanc si cedere posset, nihil esset melius, neque expeditius, quam ut eam cedere iuberetur, nunc autem frustra ceditur vindicatio, quam is, qui dominus non est, suo nomine exercere non potest. *L. in rem, supr. de rei vind.* Rursum in hoc damnare reum, ut servum persequatur, inutile est: quid enim, si non faciat? Res nisi cautione interposita de servo, qui in fuga est, persequendo, expediri non potest, hinc illa in hoc genere recepta. *L. item si cum, §. pro eo, supr. quod me. causs. L. servo legato, §. ult. supr. de legat.* 1. *Inst. de divis. stip.* Ab actore quoque suæ sunt cautiones ad iustam, et iudicio convenientem rei liberationem pertinentes. Talibus locus est in rei vindicatione, cum is a quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conventus est; aut a quo servus petebatur, eiusdem servi nomine cum eo furti agitur. Nam æquitas vindicationis postulat, ut cum actori iussus restituere rem restituerit, ea restitutione liberetur, ne contra regulam iuris bis teneatur eiusdem rei nomine. *L. bona fides, infr. de reg. iur.* Atqui nisi ei cavetur ab actore futurum est, ut quamvis rem ei restituerit, nihilominus et alteri condemnari debeat, qui posterius egit. Id ne accidat, pertinet ad officium Iudicis sic reum priori condemnare, ne ex eadem re duplex damnum trahat, hoc modo videlicet, ut is possessori caveat, si vel alter fundum evinceret, vel ipse possessor alteri quid præstitisset, id recte præstari. *L. is a quo, L. a quo, seq. supr. de rei vind.* Huiusmodi cautione opus est marito in restitutione dotis, quam ut restituere eum oportet, ita ea restituta non convenit

eum

eum eius rei nomine onerari. Itaque si hoc metuit, ne quid eius rei nomine præstare cogatur, quod mulier agnoscere debeat, veluti si rem locaverit, et ex ea locatione quid ei præstandum sit: officio Iudicis convenit, ne rem restituere cogatur, prius quam mulier ei de indemnitate caverit, *L. si filiofam. §. ult. supr. sol. matr.* Idem periculum cum immineat heredibus, partim ex locatione rerum hereditariarum, quæ pro parte locari commode non potuerunt, partim ex stipulatione hereditaria, sive testator rem individuam promisit, veluti viam, sive promisit neque se, neque heredem suum quid facturos: ut sic facto unius cæteri teneantur: receptum est hic quoque, ne aliter iis, qui hoc periculum metuunt, res a communione discedat, et cæteri partem divisam ferant, quam si caveant, quod unus solidum præstiterit, id se illi singulos pro parte esse præstituros; quod autem præstiterit propter unius factum, id ei ab eo, qui contra fecerit, præstitum iri. *L. heredes, §. contra, §. idem iuris, sup. fam. erc.* Scio si species omnes iudicialium stipulationum, quæ in Pandectis occurrunt conquirere quis velit, multo plures colligi posse. Sed genera indicavi, ac cognitis his quas iudiciales esse diximus, nihil negotii erit, quæ præterea in omni caussa ad officium Iudicis pertineant, videre, præsertim si ad eam definitionem, et quasi regulam, quam de his initio posuimus, referentur. Quibus expositis, de divisione proposita deque necessariarum stipulationum numero, potestate, et usu plus satis dixisse videbamur, nisi hic etiam hæreret adhuc
37 scrupulus, qui paucis eximendus est, † qui fiat videlicet, ut cum stipulatio sit contractus; *L. non solum, supr. de oblig. et act. L. certi. §. quoniam, supr. si cert. pet. L. 1. §. 1. supr. de pact.* tamen sint aliquæ necessariæ stipulationes, id est, quæ non ex voluntate promissorum, sed ex alieno iussu pendeant, contra quam ratio contractuum postulare videtur: de quibus traditum est in *L. sicut, C. de obl. et act.* initio liberam potestatem unicuique esse habendi, vel non habendi contractus. Et dicendum est definitionem hanc, quam de contractibus esse dicimus, de his, qui vere et proprie ita dicuntur, esse accipiendam, quales sunt contractus omnes alii, et ex stipulationibus eæ, quæ dicuntur conventionales: et in universum, in quibus liber est consensus, et voluntarius; nam coactus consensus propemodum ne consensus quidem est: cum vis necessitatem imponat contrariam voluntati. *L. 1. supr. quod met. caus.* Ob eam caussam ad stipulationes prætorias, aut iudiciales ea definitio non pertinet: quemadmodum nec pertinet ad iudicia, tametsi iudicio dicetur contrahi itidem, ut stipulatione. *L. 3. §. idem scribit, supr. de pecul.* Quippe ut iudicium redditur in invitum: *L. inter, §. 1. infr. eod.* sic et superiores stipulationes invitis iniunguntur: ac proinde proprie ut iudicia, sic et hæ ne contractus quidem sint. Cur ergo et stipulationes omnes dicuntur contractus, et iudicio etiam dicitur contrahi? Si in stipulationibus prætoriis et iudicialibus spectemus id tempus, cum istæ interponuntur, ubi unus stipulatur, at aliter respondet; ut re vera stipulationes sunt, sic non male dicuntur contractus, quia præsentem consensum habent, nec vis esse videtur, quæ est legitima. *L. 3. supr. quod met. caus.* Sin spectamus caussam et originem; quia ab alterius iussu proficiscuntur, non contrahentium voluntate, proprie contractus dici non possunt; magis hæ pro solutione habendæ sunt, quam pro contractu. Interponuntur enim de eo, cuius nomine quemque alteri cavere iure oporteat: quæ caussa est etiam, cur ab invitis exigantur. Idem de iudicio licet dicere. Sed iam ad ea, quæ sequuntur, transeamus.

Ad §. Stipulatio autem.

Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est, responderit.

S U M M A R I A.

1. *Cur hic stipulationis, et satis acceptionis definitio tradatur.*
2. *De nomine stipulationis.*
3. *Quatuor rebus constat et perficitur stipulatio, quarum una stipulationis propria: tres cum aliis contractibus communes.*
4. *Impersonaliter concepta stipulatio, an valeat.*
5. *Cur secus in stipulatione, quam in constituto.*

CUR quo loco proposuit Pomponius divisionem stipulationum, † eo in lo-
1 co definitionem stipulationis ei divisioni subiecerit, quæ antecedere debere videbatur; rursum cur eodem loco inseruerit definitionem satis acceptionis, rei, ut videtur,

tur, ab instituto alienæ, mirum videri potest. Sed mirari desinet, si quis quid stipulationes prætoriæ postulent, de quibus superiore divisione comprehensum est, intellexerit. Proposita stipulationum divisione cum et prætoriarum species subiectæ essent, sic de prætoriis tradiderunt veteres, earum quasdam desiderare tantum nudam stipulationem, sive repromissionem, quasdam satisdationem exigere, ut constat ex *L.* 1. §. *satisdationum*, *infr. de præt. stip.* hoc posito, exigebat instituti ratio, ut post illam divisionem deinceps explicaretur, quid esset nuda stipulatio, seu stipulatio in universum, tum quid esset satisdatio. Hunc locum tractans Pomponius eundem ordinem secutus est videlicet: ac proposita superiore divisione primum docuit, quid singula genera significarent: secundo loco quid esset stipulatio: tertio quid satisdatio, quod sub nomine satis acceptionis exposuit, quoniam ut ex satisdatione satis acceptio intelligeretur, sic vice versa ex satis acceptione satisdatio. Atque hoc loco stipulatio definitur, contractus is, ex quo nascitur verborum obligatio, de qua hoc titulo agitur; quo diligentius et definitionis huius vis cognoscenda est, quæ rem eam de qua quæritur, præcipue continet. Est autem in eo, et quod de nomine ipso rei definitæ quæratur, et quod observetur de vi et natura
2 contractus ex definitione. † De nomine observandum hoc est, non unam aliquam partem eius contractus, qui dicitur verbis fieri, sed totum ipsum contractum appellari stipulationem; sic enim hic definitur stipulatio, ut sit non interrogatio sola, aut sola responsio, sed conceptio integra verborum interrogatione et responsione constans, quibus duabus rebus hic contractus consistit. Quam recte id, vel potius quam cum aliis locis, et usu iuris recepto convenienter, quæsitum est. Constat enim hoc contractu duos esse, quorum unus, nempe creditor futurus, interrogat alterum, an daturus sit, aut facturus; alter assentiens respondet; constanter autem in usu iuris sic isti distinguuntur, ut qui interrogat, dicatur stipulari, qui respondet, dicatur promittere: nec unquam qui interrogat, promittere dicitur, aut qui promittit, stipulari pro promittere; hinc illa; qui loqui potest, creditur et stipulari, et promittere recte posse: et in verborum obligatione sive quis promittit, verba stipulantis exaudire, sive stipulatur, debet exaudire verba promittentis. *L.* 1. §. *ult. supr. prox. tit.* Item inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur, *L. inter*, *infr.* et quod huius significationis certissimum iudicium est, hinc duo rei dicti, stipulandi unus, alter promittendi. Tit. *de duob. reis*, *infr. et in Instit. eod.* quos ita ubique distingui constat, ut nunquam reus promittendi dicatur stipulandi reus, aut qui stipulandi reus est, dicatur reus promittendi. Inde stipulatio pro interrogatione stipulantis in *L.* 1. *C. de cont. et com. stip.* Sane et reum seu promissorem interdum dici legimus stipulari, ut *L. si non sortem*, §. *si decem*, *supr. de cond. ind. L. si debitor*, *supr. de contr. empt.* et aliis quibusdam locis, qui et ab aliis notati sunt: sed non ut significetur eum promittere, sed interrogari, verbum enim stipulari commune est, non deponens, ut Priscianus docet *Lib.* 5. dicimusque recte stipulor a te, et stipulor abs te, pro interrogo te, et interrogor abs te, itaque sane et stipulatio dicatur recte, tum qua stipulator interrogat, tum qua promissor interrogatur; sed ita, ut semper etiam in promissore stipulatio nihil aliud significet, quam interrogationem qua interrogatur, non autem promissionem, qua interroganti respondet. Fieri enim potest, ut interrogetur quis, neque tamen interrogatus promittat. Qui fit igitur, ut cœpi quærere, ut stipulatio cum per se ponitur, totus contractus stipulantis et promittentis intelligatur? Neque enim hic tantum sic usurpatur, sed passim eodem modo sub hoc titulo, ut et in inscriptione *C. de cont. et com. stipul.* Nempe pars pro toto contractu ponitur, idque eo recte fit, quia et una alteram ponit, quod accidit non significatione verbi, sed rerum et partium istarum necessaria consequentia, ac veluti affectione. Nam stipulatio utilis non alia potest esse, nisi quæ responsionem adiunctam habet, nec utilis promissio, nisi quam interrogatio præcessit, ut proinde una posita, si eam utilem esse volumus, necesse sit alteram continuo intelligi, quæ ei ex adverso respondeat. *L.* 1. *C. de cont. et com. stip. L.* 1. *C. de usur.* Neque hoc in verbo tantum stipulationis, sed et in innumeris aliis factum licet observare, ut donationis, satisdationis, emptionis venditionis, locationis conductionis, rerum creditarum. In donando duo sunt, unus qui dat, alter qui accipit, neque unquam qui accipit, dat, aut qui dat, accipit: a donante donatio est, a donatario capio: et tamen totam actionem dantis et accipientis uno verbo donationem appellamus, an quod donationis verbum etiam acceptionem vi sua continet? minime: sed quia non est donatio sine accipiente nec quisquam ex ea caussa accipit, nisi sit, qui donet. In sa-

satisdatione similiter duo sunt, debitor qui quid promittit datis fideiussoribus, et is cui stipulanti hoc modo promittitur: qui promittit, et fideiussores dat, is dat satis, a quo et satisdatio, is autem creditor, cui fideiussores dantur, non satis dat, sed satis accipit a quo et satis acceptio nominatur, de qua *seq.* §. dicitur, et tamen tota actio dicitur satisdatio. *L. 1. supr. qui satis cog.* nempe quia qui satisdationem dixit, vi ipsa etiam satis acceptionem dixit: propterea quod non est satisdatio, nisi sit qui satis accipiat. Hoc est, quod de emptione et venditione, locatione et conductione scriptum legimus in *L. veteres, et L. seq. supr. de act. empt.* veteres his appellationibus promiscue usos fuisse. Non enim hoc significatur veteres dixisse emptorem esse eum, qui esset venditor, locatorem eum, qui esset conductor, aut contra. Nam hæc ut rebus ipsis et factis, sic verbis certis et propriis distincta sunt, ut neque emptor sit venditor, neque venditor emptor, neque locator qui conducit, neque conductor qui locat; *L. 1. supr. de rer. per. L. 1. et 2. supr. loc. et cond.* sed hic sensus est, veteres his verbis singulis promiscue pro toto contractu esse usos, ut cum emptionem dicerent, uno verbo intelligerent etiam venditionem, et vice versa cum nominarent venditionem, uno verbo et venditionem et emptionem intelligerent, etiam si nihil adiicerent amplius, eodemque modo appellatione locationis et conductionis utebantur. Optime: non quod ea pars, quæ emptio est, eadem sit venditio, aut pars venditionis, quæ proprie et vere ita appellatur: item quæ pars locatio est, eadem sit et conductio, aut pars conductionis, quam proprie ita nominamus, aut contra, ut iam dixi: sed quia non est unum natura, quin sit alterum, ut uno posito necesse sit continuo et alterum statui. Non est venditio, nisi sit qui emat: non est emptio, nisi sit, qui vendat: idemque in locatione, et conductione intelligitur, eo fit, ad utrumque intelligendum unum poni sit satis. Nec dissimili ratione dicuntur res creditæ, in titulo de rebus creditis, eæ res quæ a reis debentur. *L. 1. supr. si cert. pet.* quamquam contraria sint debere et credere, ut et creditor et debitor. Is enim creditor est, cui res debetur et qui fidem habet: is debitor, qui debet, et cui fides habetur. Sed hoc ita est: non sunt res creditæ, nisi sit cui illæ credantur, id est, qui eas debeat, quo fit, ut appellatione rerum creditarum vi ipsa et conditione rerum statim eæ intelligantur, sine quibus non esset creditum, idest, eæ quæ debentur. Similiter et stipulationem de toto contractu dici sciamus, ut ex stipulatione, quæ proprie stipulantis interrogatio est, etiam responsio et promissio intelligatur, quia illa sine responsione nulla sit. Nec quæremus hoc loco anxie, cur ad totum contractum significandum nomine stipulationis, quæ pars stipulatoris, eiusdemque creditoris propria est, utamur potius, quam promissionis, quæ pars est debitoris propria: utrumne ideo, quia in hoc negotio præcipuæ partes sint stipulantis, ut proinde a potiore parte sumatur appellatio, ut Accursius voluit in *L. 1. supr. eod.* an vero, ut placet Alciato *Lib. 2. parer. C. 27.* quia stipulatio stipulantis caussa concipiatur, non promittentis. Nam ut intelligatur in hac appellatione usurpanda nihil istorum, quæ modo diximus, spectasse veteres, sæpe in his negotiis, in quibus est, qui dat, alter qui accipit, cuius etiam caussa res tota geritur, negotium ipsum ab eo, qui dat, nominatur. Indicio est donatio, et satisdatio, de quibus supra diximus: quorum utrumque est eius, qui dat vel rem, vel fideiussores et totum accipientis caussa instituitur; et tamen utroque tota actio dantis et accipientis significatur. Et quod certius argumentum esse potest non spectasse in hac re veteres, a qua parte totum nominarent, dum ex una altera statueretur: sæpe idem negotium modo ab una parte totum nominatur, modo totum ab altera, ut in hac ipsa actione satisdandi, de qua diximus, quæ usitate a promissore fideiussores dante satisdatio dicitur; eadem ab accipiente interdum nominatur satis acceptio, ut in §. *seq.* scilicet, quia nec satisdatio sine accipiente intelligitur, nec satis acceptio sine satisdante. Et ne longius abeamus, ipse hic cotractus, quem appellamus stipulationem, interdum a promissore sponsio et promissio uno verbo appellatur. *L. sponsio, infr. de verb. sig. L. sciendum, §. dictum, supr. de æd. ed. L. 1. 2. 3. supr. de spons.* Et cur minus, quæso, ex sponsione a promissione interrogato præcedens intelligatur, quam ex stiplatione intelligitur sequens promissio: cum utrumque ad obligationem verbis contrahendam ita requiratur, ut alterum sine altero esse non possit? Nec vero alia caussa est, cur cum in instrumento scriptum est aliquem promisisse, perinde habeatur, atque si interrogatione præcedente responsum sit. *§. si scriptum, Inst. de inut. stip.* Sed usus magis trivit verbum stipulationis, sive quod inde

inde esset origo contractus, sive quod interrogatione constitueretur forma totius stipulationis; sive quia visum est id ad rem intelligendam commodius, quod est verius; licetque id intelligere ex nomine satisdationis, in qua cum initium totius rei et conceptio a stipulante creditore nascatur, tamen a promittente appellatur satisdatio: quia illud satis acceptio videtur durius; hæc de verbi usu et significatione. Sed cur ea sive *interrogatio*, sive conceptio integra, qua verbis nobis cavemus, dicitur stipulatio? quid enim, an stipulari idem declarat, quod interrogare, aut utrumque interrogare et promittere? Neutrum: neque enim ut dico, interrogo te de fundo, an des; ita dico, stipulor a te de fundo, an des, sed simpliciter stipulor a te fundum: hinc de verbi origine quæritur. Et convenit inter omnes, qui de ea scripserunt, ideo sic appellatam esse hanc conceptionem, quia stipulari significet adstringere sibi rem verbis, et firmare, quod quidem stipulationi optime convenit; constat enim obligationum firmandarum caussa stipulationes esse introductas, quod Paulus testatur *Lib.* 5. *Sentent. tit. de oblig.* et declaratur satis in definitione conventionalium stipulationum; quæ supra tradita est initio huius capitis, ac plane intelligitur ex his, quæ initio huius tituli de vi stipulationis et fine disseruimus. Inde et stipulatio dicta est cautio per excellentiam nominis. *L. sancimus. C. de verb. sig.* quod præcipue hoc modo de omni re nobis caveretur, idest, prospiceretur ad firmandam fidem videlicet, et adstringendam obligationem, id enim cavere significat. Sed cur stipulari sit rem firmare, et adstringere verbis, auctores variant. Varro *Lib.* 4. *de lingua latina* a stipando et stipe dici putat. Paulus in eo loco, quem modo retuli, a stipulo dictum esse ait, quia stipulum veteres firmum appellarent, quod et Iustinianus inde sumptum in Institutionibus posuit sub Tit. *de verb. oblig.* De verbo stipuli si verum est, quod nostri scribunt, melius illi, quam Varro; certe ad inflexionem et deductionem verbi stipulatio convenientius, sin minus (de quo parum liquet propter verbi vetustatem) saltem hoc manebit a stipando, idest, adstringendo deductum esse; quod plane in re ipsa tantundem valet, utraque enim origine firmum et adstrictum significatur, utrum autem dicamus, cum in re nihil intersit, non magnopere laborandum puto. Atque hæc de verbo. In definitione solum hoc observandum videtur, quibus rebus constet, et perficiatur stipulatio, ex qua contrahatur obligatio ea verborum, quam quærimus; † eas res esse quatuor: 3
unam stipulationis propriam; tres cum aliis contractibus communes. Propria est stipulationis verborum conceptio interrogationem et responsionem continens, in qua quæ servanda sint, expositum est in *L.* 1. *supr.* Sit autem hæc velut stipulationis forma, a qua et verborum obligationis nomen natum est. Communia stipulationi cum aliis contractibus sunt, ut dixi, tria, primum quod in stipulatum deducitur, tanquam materia: tum consensus contrahentium, quasi efficiens caussa stipulationis: postremo stipulationis finis. Materia est, quidquid dari, fierive potest, nec quidquam aliud utiliter in stipulatum deducitur. *L. si stipulor, infr.* Consensus ex interrogatione et responsione congrua colligitur; neque enim hæc ideo requiruntur, ut verba sint tantum, sed ut his verbis consensus animi declaretur, ac sine consensu stipulatio nulla est, quod aliquot locis iam supra diximus. *L. continuus*, §. 1. *L. inter*, §. 1. *infr. eod. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* hinc stipulatio contractus. *L. non solum*, *supr. prox. tit. L. certi*, §. *quoniam*, *supr. si cert. pet.* quod divisio obligationum, quæ sunt ex contractu satis probat, cum huic generi subiicitur ea species, quæ verbis contrahitur, idest, stipulatione *L.* 1. *supr. prox. tit.* §. 1. *Inst. de oblig.* Finis stipulationis idem, qui et contractuum omnium, ut detur, aut fiat aliquid: non tamen infinite, aut quovis modo; sed ita, ut qui promittit, seipsum promittat daturum facturumve; et promittat se daturum aut facturum, non cuivis, sed ei tantum, qui stipulatus est, cum quo negotium geritur. Alterum daturum facturumve, et quod idem est, factum alienum inutiliter promittitur *L. stipulatio ista*, *L. inter. infr. eod.* Alteri stipulari, ut ei per nos actio requiratur, per regulas iuris non possumus. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. L. quæcunque*, *supr. prox. tit.* Ac satis est genera ipsa istarum rerum iudicari, quorum deinde fusior explicatio ex suis quæque locis petetur. † Hinc quæsitum est de hac stipu- 4
latione, *dabis? dabitur*: utrum valeat, necne. Nam qui ita promittitur, se daturum aperte non promittit, potestque stipulatio sic accipi, dabitur tibi ab aliquo, dabitur ab alio, non a me: quo sensu si accipitur, certi iuris est stipulationem esse inutilem. Quæritur igitur, an sic accipi debeat, an vero ita potius, quasi dictum esset, dabitur tibi a me, ut fiat hoc modo sti-

stipulatio utilis. Sunt qui putent nullam esse stipulationem moti primum, quod hæc definitio a promissore hoc exigat, ut promittat se daturum, se, inquam, aperte quod non fit ab eo, qui impersonaliter respondet, *dabitur*; deinde quia et si hoc verbum dabitur, potest sic intelligi, dabitur tibi a me, et dabitur tibi ab alio quovis; tamen utrumque accipere non debemus, sed id, quod stipulatori nocet secundum regulas iuris. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *infr. eod.* Postremo omnem in hac re dubitationem sustulisse videtur Iustinianus, qui in constituto hoc definivit, nullum esse constitutum, si quis ita dixerit, tibi satisfiet, verbo impersonaliter prolato. *authen. si quando*, *C. de const. pec.* Sed nihil verius, neque melius, iudicio meo, quam quod de hac re 1 scriptum est ab Alciato, *Lib.* 2. *parer. Cap.* 18. utilem nimirum esse stipulationem, ut quæ ita accipi debeat, dabitur tibi a me, quod valet, dabo. Nam cum id recte probat testimonio Plauti, qui hoc ipso exemplo stipulationis proposito, sub alterius persona ait sic recte stipulationem esse conceptam: tum vero recte monet generalitatem responsionis ad interrogationem revocari debere, et ex ea esse temperandam: quia id respondere quisque intelligatur, de quo interrogatus est. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip. L. si sine*, §. *qui interrogatus*, *supr. de inter.* Nam quod hic exigitur, ut de se quisque promittat, agnosco verum esse, et in hac quoque specie fieri debere fateor: sed et in eo fieri aio, qui respondet, *dabitur*. Nam si hoc, *dabitur*, ex interrogatione ita interpretandum est, ut responsio interrogationi conveniat, promissor hoc respondisse intelligitur, quoniam me interrogas, an dem, dabitur a me, quem vis dare: nec ad rem pertinet, quod hoc, *dabitur*, sic intelligi potest, dabitur tibi ab aliquo, vel ab alio; satis est enim ad vim stipulationis, si et hoc quoque intelligatur, dabitur tibi a me, quod intelligi debere ostendimus. Non obstat, quod dicitur in stipulationibus si quid obscurum, aut ambiguum est, verba contra stipulatorem interpretanda esse; dicta *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *infr.* hoc enim tunc solum recte dicitur, cum nobis verba contra stipulatorem interpretantibus non ideo stipulatio fit inutilis: quod si ea interpretatione plane inutilis fiat; id observatur potius, ut contra promissorem interpretemur, quo res valeat. *L. cum qui calendis*, *L. quoties*, 80. *infr. eod.* de quo plura dicenda sunt ad *d.* §. *in stipulationibus.* † Quod 5
autem Iustinianus constituit non obligari de constituta pecunia eum, qui ita dixit, tibi satisfiet, ne hic quidem mihi occurrit quidquam melius aut certius, quam id quod idem Alciatus respondet; ideo aliam esse caussam constituti, quia in eo non possit constare ex interrogatione, de qua persona sentiat is, qui constituit, cum in constituto interponendo nulla præcedat interrogatio, ut in stipulatione. Non me movet, quod et pacta interdum sic concipiuntur, ut responsionem præcedat interrogatio. *L. iuris gentium*, §. *quod fere*, *supr. de pact.* Nam et cum id fiet, eandem responsionis interpretationem esse debere arbitror. Quod si quis contendet eandem fieri non debere in constituto propter Iustiniani constitutionem *d. aut. si quando*, *C. de const. pec.* quæ generaliter scripta est de eo, qui constituendo ita dicit, tibi satisfiet: non ideo tamen vincet in stipulatione idem debere constitui. Non enim in constituto sic interrogatio adhibetur, quasi quidquam pertineat ad id, de quo agitur; ut dici possit nec debere responsionis interpretationem ad eam interrogationem referri, quod secus fit in stipulatione. In ea enim consulto interrogatio adhibetur, et procedit, quo deinde sequatur responsio interrogationi serviens. Qua ratione autem dicimus utilem hanc stipulationem, *dabis? dabitur*, ut intelligatur dabitur a me, quem interrogas: eadem ratione, et hanc valere probandum est, *satifacies mihi? satisfiet*: ut idem illud hic intelligatur ex interrogatione, satisfiet a me, quem interrogas. Quod si ita est, recte Alciatus in promissione impersonaliter concepta in totum separavit stipulationem a constituto; nec vero aliud relinquitur, quod statuamus, si dederimus hanc stipulationem recte concipi, decem dabis? dabuntur. Nam hoc quidem constat constitutione Iustiniani improbari eiusmodi constitutum, si dictum sit satisfiet tibi. Sed non sunt hæc eadem, quidam aiunt, dabis? dabuntur; et sa-

1) Duar. et Cuiac. *ad L.* 5. *h. t.* Gomez. 2. *Resol.* 9. *n.* 3. Vid. Gœd. *C.* 4. *Concl.* 3. Diss. DD. Vulgo, Gravius iuris imperitia errat (ut sæpicule solent viri cætera docti, sed in aliis quam nostris auctoribus versatiores) Ian. Guilielm. *QQ. in Plauti Asinar. C. ult.* scribens stipulationum formulas conceptas fuisse per verba. *Si sive*, *ni*, *nive*, quæ qui perperam adhibuerat, eum actione cecidisse. Nam istarum vocularum nec nisi in conditionalibus stipulationibus usus ullus esse potuit. Nec quidquam retulit quomodo conciperetur conditio, cuius usitatæ quidem fuerunt quædam formulæ, non tamen necessariæ, cum imo et sine verbis induci possit, Vid. *Lib. seq. C.* 11. et eam voluntas faciat, non sermo *L.* 2. *de his quæ pœ. ca.* Cuia 14. *Obs.*

satisfacies? tibi satisfiet. Quasi quidquam intersit, utrum dicam satisfiet tibi, an vero solvetur, vel dabitur tibi, quod tibi debetur? Moventur scilicet hoc argumento, quod stipulatio non recte fiat hoc modo, promittis? promittetur; at quam non recte ista comparantur, nihil enim promittit qui dicit promittetur, etiam si se ipse promissurum dicat; aliud est enim iam nunc promittere decem, aliud dicere se postea promissurum; ideo non mirum, si qui id dicit non obligetur. At qui dicit dabitur, vel satisfiet, iam nunc promittit, aut se aut alium daturum, satisfacturum; solum hoc dubium relinquit, utrum de se, an de alio sentiat, an vero de omnibus.

Ad §. Satis acceptio.

Satis acceptio est stipulatio quæ ita obligat promissorem, ut adpromissores quoque ab eo accipiantur, idest qui idem promittunt. Satis autem accipere dictum est eodem modo, quo satisfacere. Nam quia id quo quis contentus erat, ei præstabatur: satisfieri dictum est et similiter quia tales quibus contentus quis futurus esset, ita dabantur, ut verbis obligarentur, satis accipi dictum est.

SUMMARIA.

1. *Cur ad satisdationem explicandam satisacceptionis verbo utatur I. C.*
2. *Satisdatio, satisacceptio quid.*
3. *Nec pignoribus, nec pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione, sed solum fideiussoribus satisdari.*
4. *Satisdationem et satisfactionem toto genere diffierre, ubi* L. 1. supr. Qui sat. cog. *explicatur.*
5. *Lectio* §. ult. L. promissor, supr. de const. pec.

CUM ex stipulationibus prætoriis quædam sint, quæ satisdationem desiderent, quædam nudam repromissionem: *L.* 1. §. 1. *infr. de præ. stip.* conveniebat, ut dixi, instituto Pomponii, a quo de prætoriis stipulationibus institutus erat sermo, ut quemadmodum de repromissione dixerat, ita diceret de satisdatione, quid nam sit. Id ergo facit sub nomine satis acceptionis.
1 † In quo mirari non debemus, quod non potius sit usus verbo satisdationis, cum de ea quæreretur. Ut enim ad repromissionem declarandam stipulationis definitione usus est, quia ex uno alterum intelligitur: sic hoc loco ad satisdactionem explicandam satisacceptionis verbo uti ei visum est, quia ad rem exprimendam, quæ utroque verbo continetur, utro verbo utamur, nihil interest. Diversæ quidem res sunt satisdatio, et satisacceptio, et ita diversæ, ut sint etiam contrariæ; satisdat debitor, accipit satis creditor: nec unquam fieri potest, ut qui dat, quatenus id facit, accipiat, aut det, qui accipit, quatenus id facit. Sed distinguuntur ista personis et officiis dantis et accipientis, cæterum in utroque res una eademque est, quæ datur, et quæ accipitur. Inest in satisdatione cautio, insunt et fideiussores qui dantur; et hæc ipsa sunt, quæ accipiuntur a creditore, cum illi dantur; nec vero ab eo alia de caussa accipiuntur, quam quod ei data sunt, quemadmodum et in donatione idem fundus est, qui donatur, et qui a donatario accipitur; ut plane ad donatum fundum demonstrandum nihil intersit, utrum fundum donatum, an fundum acceptum dicas. Satis autem acceptionis verbo definiri, hoc loco satisdationem ex definitionibus istarum rerum intelligi potest. † Satisdare definit Ulpianus in *L.* 1. *supr.* qui sat. cog. 2
alicui pro eo quod a nobis petit, ita cavere, ut eum securum eo nomine faciamus, datis fideiussoribus. Satisacceptionem Pomponius hoc loco esse dicit stipulationem, qua quis verbis se obligat de re aliqua ita, *ut adpromissores quoque ab eo accipiantur, idest, qui idem promittunt*, quod prorsus idem declarat. Cavere enim est stipulanti promittere. *L. sancimus, C. de verbor. significat.* fideiussores autem sunt, qui idem promittunt verbis. *L. blanditus, C. de fid.* Hoc initio monendi fuimus de verbo satisacceptionis duabus de caussis; primum ne quis alienum ab instituto Pomponium fecisse existimet, quod cum satisdatio ad prætorias stipulationes pertineret, satisdationis verbo omisso definierit potius

sa-

satisacceptionem; deinde ne quis ambiguitate verbi satis acceptionis deceptus putet hoc loco non magis satisdationem definiri, quam satisfactionem; quod si fieret, neque ad quæstionem de stipulationibus quidquam pertineret, neque adeo vera esset definitio, quæ hic traditur, satis acceptionis. Nunc hoc præcipue observetur in definitione satisdationis, seu eius, quæ ei ex adverso respondet satisacceptionis, quod dicitur de fideiussoribus, satisdare nimirum esse quidem ita cavere alicui, seu ita se ei obligare verbis de re aliqua, ut hoc amplius eum securum faciamus eo nomine datis fideius-
3 soribus. † De fideiussoribus tantum dictum est, ut intelligeremus non aliter satisdari. Cavetur, et quidem idonee et recte, non tantum reis et fideiussoribus, sed etiam pignoribus datis. *L.* 1. §. *iubet*, *supra*, *de coll. bo. L.* 4. §. *addici*, *supr. de fid. lib.* sed non satisdatur, nisi fideiussoribus. Et ideo in prætoris stipulationibus quas dicimus exigere satisdationem, traditum est eas desiderare personas pro se intervenientium, idest, reorum, fideiussorum, adpromissorum, et neque pignoribus quem, neque pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungi. *L. prætoriæ.* 7. *infr. de præt. stip.* scilicet quia exigitur edictis Prætorum satisdatio, quæ id significat, quod dixi. Inde satisdato cavere, et cavere pignoribus datis distincta in *d. L.* 4. §. *addici*, *de fid. lib.* Non temere est, quod de significatione et usu verbi hoc præcipue animadvertendum esse dicimus. Nam alioqui vel vis ipsa et origo verbi, vel hic ipse locus et huic similis in *L.* 1. *supr. qui sat. cog.* vel adeo hoc ipsum, quod dicitur fideiussoribus datis satisdari, efficere videntur non tantum fideiussoribus recte satisdari, sed etiam pignoribus. Vis verbi in primis; quid est enim satisdare, nisi dare, quod sit satis ad cavendum adversario, et eum securum reddendum? hoc quidem positum est in *d. L.* 1. *qui sat. cog.* et præterea in satisfaciendi verbo id significat verbum satis. At non minus cavetur adversario, nec minus securus is redditur pignoribus datis, quam fideiussoribus; unde quibus in partibus iuris id exigitur, ut recte aut idonee caveatur, eas sic veteres constanter acceperunt, ut non minus pignoribus, quam reis caveri posset. *d. L.* 1. §. *iubet*, *supr. de coll. bo. d. L.* 4. §. *addici*, *supr. de fid. lib.* Hoc autem loco, et non paulo apertius in *d. L.* 1. *qui sat. cog.* dicitur satisdare aut quod in re idem est, satis accipere eodem modo appellatum esse, quo satisfacere. Quibus verbis significari videtur, aut eandem appellationem esse utriusque verbi, idest, eandem vim et significationem, aut certe eandem esse originem et rationem utriusque: quod tamen posterius eodem redit; in eadem enim origine et notatione verbi eandem significationem utriusque esse oportet. Quod si verum est, non aliud relinquitur de verbo satisdandi, nisi et pignoribus datis, et fideiussoribus pariter recte satisdari: quoniam et qui satisfacturum promisit, utrumvis faciat, præstat quod promisit. *L. promissor*, §. *ult. supr. de const. pec.* Sed ut deessent cætera; tamen hoc solum, quod dicitur satisdari fideiussoribus datis, satis esse videtur, ut probetur etiam tum satisdari, cum dantur pignora: certe iniuncta satisdatione non minus admittendam esse eam cautionem. Cur enim fideiussoribus datis satisdari dicitur? non ideo quia solvitur: neque enim postquam quis dedit fideiussores idoneos, continuo aut ipse solvit creditori suo, aut fideiussores ab eo dati. Cur ergo dicitur hoc modo satisdari? Constat ideo dici, quia hoc modo recte cavetur creditori, hoc modo creditor securus redditur, ut expressum est in *d. L.* 1. *supr. qui sat. cog.* Atqui aut magis cavetur creditori datis pignoribus, aut certe non minus. Magis etiam caveri declaratur regula iuris, qua traditum est plus cautionis esse in rem, quam in personam. *L. plus cautionis*, *infr. de reg. iur.* Sed ut non sit plus cautionis; at certe inest tantundem. Ideo, ut iam dixi, quibuscunque in caussis recta et idonea cautio exigitur, in his pignorum datione ad idoneam cautionem defungimur. *d. L.* 1. §. *iubet*, *de coll. bo. d. L.* 4. §. *addici*, *de fid lib.* Necesse est igitur in pari cautione, aut etiam maiore eandem esse satisdationem, idest, in pari caussa eundem effectum intelligi. Itaque non omnino abs re videri potest, quod Accursius, et alii hunc secuti ad *L.* 1. *supr. qui sat. cog.* existimant non minus pignoribus caveri posse ad satisdationem, quam fideiussoribus: et quod nominatim de fideiussoribus additum est tum ibi, tum hoc loco, sic interpretantur, si quis fideiussoribus datis cavere velit: cæterum posse et pignoribus id eum facere. Sed non eo minus verum est, quod dixi, non satisdari, nisi fideiussoribus datis, et ubicunque satisdatio exigitur iure, illic ad cautionem invito creditore non admitti nisi fideiussores. Alioqui otiose in definitionibus satisdationis et satis acceptionis comprehensum esset de fideiussoribus, si etiam pi-

pignoribus datis recte satisdaretur; aut si pertinebat hoc ad definitionem, male prætermissa sunt pignora, quæ nihilominus ad eandem definitionem pertinebant. Male etiam satis acceptio definiretur hoc loco stipulatio, cum pignus quo satisdari posse volunt constituatur citra stipulationem nuda conventione. *L. 1. supr. de pig. act. L. 4. supr. de pig.* Nihilo rectius distinguerentur ista, cavere satisdato, et cavere pignoribus in *d. L. 4. §. addici, de fid. lib.* Sed omnem controversiam dirimit, quod scriptum est in *d. L. 7. infr. de præt. stip.* in prætoriis stipulationibus neque pignoribus quemquam, neque ullius rei depositione in vicem satisdationis fungi. Non est enim, quod putemus id singulari et proprio quodam iure receptum esse in stipulationibus prætoriis præter vim et significationem verbi *satisdatio*; ubicunque edictis prætorum iubetur stipulatio prætoria interponi, nihil amplius de ea iubetur, quam eo nomine satisdari; cum igitur definitur hic fideiussores admitti, non etiam pignora, nempe ex significatione verbi id definitur, non contra significationem. Et in *d. L. 7. de præ. stip.* dictum est non posse quemquam pignoribus defungi in vicem satisdationis, ut intelligeremus, si quis forte pignora admitteret, id vicem satisdationis habere posse; satisdationem non esse: quemadmodum satisfactio pro solutione esse dicitur, seu vicem solutionis habere; re vera non est solutio. *L. satisfactio, infr. de solut. L. item, §. 1. sup. quib. mod. pig. vel. hyp. sol.* Neque vero aut in verbo satisdandi, aut in genere cautionis, aut in similitudine satisfactionis, quæ his locis statui videtur, aut denique in ullo alio loco iuris quidquam est, quod superiorem sententiam mutare debeat: hæc enim erant quæ supra obiiciebamus. Et ut de verbo primum respondeam, ita vis est et compositio eius verbi, ut non ad alios pertineat, quam ad fideiussores. Inest quidem in eo verbo *satis*, ut vere dicatur inesse in eo, quod sit satis creditori ad cautionem, ut significatur in *dict. L. 1. supra, qui sat. cog.* sed inest in eo et dare ut intelligamus sic dictum esse satisdare, ut sit quasi satis et abunde dare id, quod debetur, vel præstare, quod sit satis ad futuram dationem, et naturalem præstationem rei debitæ. Id vero efficitur cautione rei debitæ fideiussoribus adhibitis, idest, cum debitor ita promittit se quid daturum, ut det præterea eos, qui idem promittant. Sic enim fit, ut ex ea cautione aut det ipse promissor postea, quod debetur, aut dent fideiussores, qui non fallent: quia idonei dati sunt. Non idem efficitur datis pignoribus, non enim pignus unquam dabit id, quod debetur. Interire pignus potest, nec cum interierit habet heredem, qui teneatur in id, quod debetur. Fieri potest, ut exstet pignus, sed non reperiat emptorem. Postremo etsi id distrahatur, et pretium consequatur creditor; non tamen id pretium dare debitor intelligitur, sed emptor, et is quem prius debitor non dedit. Iam igitur satis intelligi puto ex vi et significatione verbi non aliter satisdari, quam rem ita promittendo, ut dentur etiam eius rei nomine adpromissores: pignoribus datis dici posse debitorem creditori cavere, satisdare non item. Sed cur verba moramur, ac non potius rem ipsam spectamus, inquies, ut cum non minus recte caveatur pignoribus, admittamus etiam ea ex sententia legis propter eandem rationem, ideoque et cum lex satisdationem exiget, ibi locus sit pignoribus ad omnem cautionem, eaque cautio pro iusta satisdatione cedat: fit enim hoc in aliis partibus iuris omnibus, ut si in una aliqua re eadem ratio sit, quæ in ea de qua nominatim iure cautum est, idem quoque ius in ea admittatur, etsi forte nominibus, aut forma aliqua distinguantur. Ut ecce non sunt creditores, si ad verbum rem expendere volumus, hi quibus pecunia ex alia caussa, quam ex contractu debetur, quia fidem debitoris non sequuntur, quibus debitor nihil promisit, nec fidem dedit. *L. 1. supr. si cer. pet.* At omnium idem ius eademque ratio est. Ideo omnes creditorum appellatione accipiuntur, quibus ex qualibet causa debetur. *L. creditores, L. creditorum, infra, de verbor. signification.* Similiter in edicto de procuratoribus exigit defensionem et satisdationem Prætor ab omnibus, qui alieno nomine sibi actionem dari postulabunt. *L. servum, §. ait Prætor, supr. de proc.* Si verbum sequimur, non tenentur hoc iure, qui alieno nomine aut præiudicio aut interdicto agunt, aut sibi caveri prætoria stipulatione postulant. Nam hæc proprie non sunt actiones. Sed nihilominus eandem vim habent. Eo etiam actionis verbo eo edicto continentur. *L. non solum, supra, de proc. L. actionis, supr. prox. tit.* Et generaliter receptum esse scimus, ut ubicunque eadem ratio est, ibi et ius idem valere debeat. *L. illud, supra ad leg. Aq.* Isto modo ne sit fortasse satisdatio, ubi pignoribus cavetur, si verbum urgere volumus: at si rem spectabimus, non minus

si

pro satisdatione id habendum est, quia in eo aut par, aut etiam maior cautio est. Et si quidem eadem esset cautio in pignoribus, non negem ego pignorum dationem pro fideiussoribus et iusta satisdatione haberi oportere. Sed hoc ita est: non tantum inest cautionis in pignoribus cum ad rei præstationem, tum ad sensum et votum creditoris, quantum in fideiussoribus: ut dicendum sit pignorum cautionem neque ad verbi significationem, neque ad legis sententiam satisdationis verbo contineri. Pignora interire possunt, etiam si diligenter asserves, fideiussoris obligatio nec cum morte fideiussoris intercidit, sed transit ad quosvis heredes: denique non exstinguitur, nisi solvendo. Pignora si exstent, et his incumbat creditor; tamen molesta sæpe eorum custodia est; utpote quæ non minus diligenter servare et curare debeat, quam diligens paterfam. in suis rebus versari solet. *L. ea igitur*, *supr. de pig. act.* Nulla custodia fideiussorum creditori præstanda est. Adde, quod debitore absente aut frustrante ut interest creditoris suum consequi, ita pertinet ad nonnullam eius existimationem habere eos, quibuscum de debito possit agere, qui vel debitum agnoscant, vel negantes, cum iudicio convicti fuerint, condemnentur, ut omnes scire possint nihil creditorem calumniose petere, sed solum quod sibi iure debeatur. Id autem præstabunt fideiussores, qui de pecunia non minus conveniri possunt. Nihil tale præstare possunt pignora, præsertim si quis ea possidebit. Atque hæc cum ita fieri omnium creditorum, qui hominum de se iudicium non negligunt, interest; tum maxime Magistratus in prætoriis stipulationibus quæ quoniam iubente Prætore interponuntur, ideo ad auctoritatem eius et fidem pertinere videtur iudicio intelligi, quam recte de re satisdatione cautum sit: quod facilius obtinebitur, ubi plures erunt, qui periculo suo ad defensionem sui excitentur. Adde et illud, quod fideiussoribus datis facilius et minore molestia sua ad suum pervenire poterit creditor; erunt enim, qui pro creditore soliciti sint de pecunia, qui reo instent, ut ille solvat, quo citius ipsi fideiussionis periculo liberentur. Pignora negligentem et securum reum excitare non possunt. Creditor pignora distrahet, dices. Sed hoc humanis creditoribus grave est statuere adversus debitorem: neque tam cito, aut etiam sine molestia consequuntur, ut vendant, si bona fide et solemniter instituunt vendere, ut ius iubet. *L. 4. L. quæ specialiter*, *C. de dist. pig.* Proinde mirum videri non debet, si satisdatione edictis Prætorum iniuncta in re aliqua respondeatur a veteribus, ibi personas desiderari intervenientium: pignoribus autem, aut alterius cuiuslibet rei depositione in vicem satisdationis neminem fungi posse. *d. L. 7. infr. de præt. stip.* Non nego pignoribus recte et idonee caveri, non secus ac fideiussoribus cum de debito solvendo agitur: quod quibusdam locis expressum est. *d. L. 4. §. addici*, *supr. de fid. lib. d. L. 1. §. iubet*, *supr. de coll. bo.* Sed in cautionibus idoneis nihil prohibet unam altera esse quibusdam in rebus maiorem, et ad honeste suum consequendum procliviorem: qualem esse fideiussorem supra diximus. Non me movet, quod dicitur regula iuris plus cautionis esse in rem, quam in personam. *d. L. plus cautionis*, *infr. de reg. iur.* Hoc enim de eo pignore dictum est, cui creditor incumbit, quodque placeat illi retinere ad cautionem, ne rem suam persequi cogatur. *§. furti*, *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* at non semper pignori incumbit creditor; quod si fit, vel in eo minus cautionis erit in pignore, quam in fideiussoribus, quod cum de pignore æque iudicio experiri cogetur adversus eum, qui possidet, uti agitur cum fideiussore: tum vero de pignore agendo nihil amplius consequetur, quam possessionem pignoris, cum si adversus fideiussorem agat, id ipsum quod sibi debetur, ab eo consequatur. Fingamus pignus penes eum esse: attamen non omnibus conducit, certe non omnes existimant sibi expedire id fieri, propter molestiam ac periculum custodiæ, et administrationis. Venio ad satisfactionem, cuius argumento præcipue moventur plerique, ut quemadmodum pignoribus satisfieri legimus, ita putent et pignoribus non minus satisdari posse. Et vero ad huius loci interpretationem valde pertinet, quale id sit, intelligi, in quo Pomponius satis accipere, idest, satisdare eodem modo dictum esse dicat, quo satisfacere, ut et Ulpianus in *L. 1. supr. qui sat. cog.* quod nos negare videmur. Sed ut intelligamus, quam satisfactionis argumentum nihil ad rem pertineat, de verbo satisfactionis duo doceo; primum pignoribus datis non satisfieri invito: ut si quis dicat ista esse eadem, satisfactionem, et satisdationem; tamen consequens sit, nec datis pignoribus invito satisdari. Deinde etsi concesserimus pignoribus datis satisfieri creditori invito, non tamen hinc effici etiam eodem modo recte satisdari: † quia aliud sit 4
satisdatio, aliud satisfactio, et ita aliud, ut sint hæc pene contraria. Nego pignoribus

datis

datis satisfieri invito creditore. Nam neque pignora, neque ullam aliam rem dando pro eo quod debetur, aliter satisfacit debitor creditori, quam si hic voluit. *L. si rem*, §. *omnis*, *supr. de pig. act. L. item*, §. 1. *supr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* de quo mox plura. At volenti saltem satisfit pignorum datione, non nego: sed de eo nunc non agitur, sed de invito, et eo qui non admittat, nisi fideiussores; nam si de volente quæritur, etiam pignoribus datis recte satisdari volenti certum est: cum etsi creditor, cui satisdari debuit, nuda repromissione debitoris contentus sit, pro satisdatione id haberi debeat. *L. ult.* §. *si legatarius*, *supr. quod leg. L. satisdationis*, *infr. de verb. sig.* Atque hæc ita sunt: etsi quis eadem ista esse concesserit, satisdationem et satisfactionem. Ego autem longius progredior; aio non modo ista non esse eadem, sed nec satisdationem esse speciem satisfactionis, aut satisfactionem speciem satisdationis: denique sic ista esse dissimilia, ut toto genere differant: ut dicendum sit, quamvis quis in pignorum datione satisfactionem admiserit, non ideo tamen ad satisdationem id transferri debere. Id ex his planum fiet. Satisdatio cum exigitur lege, satisdamus etiam invito creditore; cum autem exigitur aut admittitur satisfactio, volenti et admittenti satisfacimus, invito nunquam. Ut puta, edicto Prætoris de procuratoribus exigitur satisdatio a procuratore actoris, itemque a defensore, qua præstita et ille ad agendum alieno nomine, et hic ad reum defendendum admittitur; uterque de eo cavendo, de quo agitur, et eo nomine dando fideiussores satisfacit edicto, etsi creditor eam cautionem non admittat. *L. sed et hæ*, §. *defendere*, *supr. de proc.* idemque in similibus omnibus caussis, in quibus satisdatio exigitur, servatur. *L. ult. supr. quod leg. L.* 5. §. *ult. L. si fideiussor*, *supr. qui sat. cog.* At si edictum satisfactionem admittat, quale est edictum de pignoraticia actione, quo proponitur ea actio, si omnis pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum: *L. si rem*, §. *omnis*, *supr. de pig. act.* nunquam creditor aliud offerendo, quam debetur, puta fideiussores aut alia pignora, satisfacere intelligitur, et pignus liberare, nisi creditor pro solutione id admittat. *d. L. si rem*, §. *omnis*, *L. item.* §. 1. *supr. quib. mod pig. vel. hyp. sol.* quippe ita verbum satisfaciendi acceptum est, ut satisfacere alicui sit, eum pro eo quod a nobis petit contentum reddere, ut hic, et *d. L.* 1. *supr. qui sat. cog.* Contentum autem unumquemque ita reddimus, si consentiat, non si repugnet. Sane si quis constituat se satisfacturum, liberatur quamvis invito creditore, si fideiussorem det, aut pignora. *L. promissor.* 21. §. *ult. supr. de const. pec.* Sed hoc ideo placuit, quia actum esse intelligitur; cum enim de solutione constitutum accipi non debeat, restat, ut de idonea cautione intelligatur, ne promissio sit inutilis. Iam vero satisfacere non est tantum aliud præstare volenti, sed ita præstare, ut creditor ea re contentus una discedat vel ab obligatione principali, vel a pignore, aut alia accessione. *d. L. si rem*, §. *omnis*, *de pig. act.* Denique satisfacere est aliud pro alio præstare, atque ita voluntate creditoris liberari; unde et satisfactio pro solutione esse dicitur. *L. satisfactio*, *infr. de sol.* Quod ni ita esset, non eodem modo liberaretur pignus satisfactione ex edicto Prætoris, ut liberatur pecuniæ solutione. At satisdatio, quæ hic definitur, et in *d. L.* 1. *qui sat. cog.* tantum abest, ut sit pro solutione et liberatione debitoris, ut potius ad obligationem principalem confirmandam accedat. Inde enim quæ personæ in satisdatione dantur, dicuntur in *d. L.* 1. fideiussores, et hoc loco adpromissores: ut intelligamus manere principalem obligationem, non tolli, atque ita manere, ut adhibeantur amplius, qui idem promittant et fide sua confirment. Et sane quisquis ad obligationem addit fideiussores aut pignora, eum dici cavere legimus, satisfacere nequaquam. *d. L.* 1. §. *iubet*, *supr. de coll. bo. d. L.* 4. §. *addici*, *supr. de fid. lib.* Quid sibi vult igitur verbi compositio, quæ in utroque videtur esse similis; negari enim non potest, quin in utroque insit, quod sit satis creditori. Quid est præterea quod hoc loco, et in *d. L.* 1. *supr. qui sat. cog.* aperte dicitur satisdatio eodem modo appellata esse, quo satisfactio? An possunt res tam diversæ, et significatione tam dissimiles, quam supra ostendimus, eodem modo appellatæ esse? Dicamus igitur in eadem appellatione et notatione verborum, quæ rerum notæ esse debeant, res non tantum diversas, sed etiam contrarias significari: quod absurdum videtur. Et de compositione ac notatione horum verborum hoc responsum sit, inesse quidem satis in utroque, ut sit in utroque id, quod modo diximus, idest, quod sit satis creditori, et hactenus utrumque convenire. Sed hoc distant, ex quo quod proprium est cuiusque, spectatur, quod præterea in altero inest dare, in altero inest facere, Et dare quidem satis, quid sit, supra dixi-

ximus: satisfacere autem est, facere quidvis, non quod pertineat ad dationem rei, sed quod alias satis sit ad voluntatem et desiderium implendum creditoris, ut traditur in *d. L.* 1. *supr. qui sat. cog.* et ut hoc loco, ad creditorem contentum reddendum. Quod autem his locis dicitur satisdare eodem modo appellatum esse, quo satisfacere, videndum est in eo, quis sit Pomponii et Ulpiani satisdationem definientium scopus, ut quantum ad institutum eorum facit, tantum eos sensisse, et dixisse intelligamus. Nimirum docere volunt, quamobrem satisdare esse dicant, cavere fideiussoribus datis. In eo hæc erat dubitatio; quæreret enim aliquis, quid commune habeat dare, aut etiam hoc *satis* cum fideiussoribus. Docent igitur id recte dici, et ex significatione et ratione verbi; quoniam qui fideiussores dant, ita cavent, ut in ea datione contentum reddant creditorem, quia reddunt securum; hoc autem significat verbum, *satis*; quod ex verbo satisfaciendi probant. Ita in summa hoc sentiunt, utrumque eodem modo esse appellatum, sed ex parte, non per omnia, quod vel cæco apparet; habet enim utrumque satis; sed in altero damus, in altero facimus, non damus: quibus rebus quam maxime distinguitur istorum significatio, ut dixi. Sed quod ad omnia quæ disseruimus, semel evertenda videatur sufficere, obiicitur nobis hoc loco *L. promissor*, 21. §. *ult. supr. de cons. pec.* ubi in Pandectis Florentinis ita legitur: *Si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur; quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.* Quæ si vera est lectio, nihil caussæ est, cur non superiora omnia commutemus, quæ tamen usque adeo vera esse, ostendimus.
† Sed in aliis exemplaribus ita legitur, *si* 5
quis autem constituat se satisfacturum; et quidem manifestum est ita legi debere. Alioqui ineptissima erit Pauli ratio, qui ex vi satisfaciendi, et ex satisfaciendi modis argumentatur, ut probet in proposito esse constituto satisfactum. Erat igitur de satisfaciendo posita quæstio, non de satisdando; alioqui in promptu esset ita dicere; non si satisfit pignora, aut fideiussorem dando, ideo qui promisit se satisdaturum, alterutrum dando liberatur; prius enim probare oporteret idem esse satisdare, quod satisfacere: quod ille non fecit, et ex edicto de pignoraticia actione perspicue falsum esse convincitur, ex quo qui pecuniæ nomine satisfecit, pignoraticiam nanciscitur; quod nemo de eo dixerit, qui de eo quod debet, satisdederit, idest, idem promiserit datis fideiussoribus; id enim cum obligationi accesserit, non est ab obligatione recessum. *L.* 4. §. *si ex conventione supr. de re iud.*

Ad §. Si sortem.

Si sortem promiserit: et si ea soluta non esset, pœnam etiam si unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur. Idemque est de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiæ iudicis: sed a coherede ei satis fieri debet. Nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.

S U M M A R I A.

1. *Eo, qui sortem sub pœna promisit, duobus heredibus relictis defuncto, quorum unus portionem suam ex sorte solvit, alter non solvit, quatenus et adversus quos pœna committatur.*
2. *De pœna ex compromisso, si unus ex promissoris heredibus paruerit, alter non paruerit, sententiæ arbitri.*
3. *Distinctio* §. Cato, L. 4. supr. *et* L. si servus. §. 1. supr. si quis caut. *cum Pomponii sententia conciliata.*

1 SOrtem quis promisit, et si ea soluta non esset, pœnam. Is decessit duobus heredibus relictis, unus portionem suam ex sorte solvit, alter non solvit. De pœna quæritur, quatenus, et adversus quos committatur. Ac de eo qui non solvit, non dubitatur, quin pœnam debeat, et debeat pro parte tantum hereditaria, sive quis dixerit pro parte tantum eius commissam esse de sententia §. *Cato*, *L.* 4. *supr.* sive commissam esse in solidum. Nam et tunc sic committitur in solidum adversus omnes, ut

ut tamen non teneantur singuli, nisi pro hereditaria portione, ut hic scriptum est, et de obligationibus faciendi in *L.* 2. §. *item si in facto, et L.* 3. *supr.* De eo qui partem suam ex sorte solvit, quæritur, an etiam pœna committatur adversus eum, ut et hic quoque pro parte pœnam debeat. Et non teneri eum pœnæ nomine quis dixerit. Non enim adiicitur pœna, nisi debitori aut heredum eius coercendorum caussa, si quid fecerint, aut non fecerint contra stipulationem. Denique non est pœna nisi delicti pœna. §. *ult. Inst. de leg. L. aliud est fraus, inf. de verb. sig.* Nihil autem deliquisse videtur, aut adversus stipulationem fecisse heres, qui portionem suam ex sorte solvit. Sed placuit etiam adversus hunc pœnam committi, donec portio coheredis solvatur: sic tamen, ut ei a coherede satisfieri debeat: in quo cum hoc loco convenit *L. heredes*, §. *idem iuris, supr. fam. erc. et L. in exsecutione*, §. *pen. infr. eod.* Et additur ratio hoc loco, quia aliud in his stipulationibus statui non possit sine iniuria stipulatoris. Recte. Quod enim efficit ius et conditio stipulationis, necesse est ex ea pœnam committi omnibus heredibus si in persona omnium conditio exsistit pœnalis stipulationis. Id enim conditione actum est. §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.* Atqui hoc in hac specie contigisse apparet, si quis modo paulo propius attenderit. Pœna enim promissa est sub conditione, si sors soluta non esset. Sive proponas detracta heredum mentione ita conceptam esse conditionem, si sors soluta non erit, sive mentionem heredum factam hoc modo, si sors neque a me, neque ab herede meo soluta erit: semper uno non solvente verum erit sortem non esse solutam, neque ab eo, qui nihil solvit, neque ab eo qui solvit: hic enim non sortem solvit, sed partem; pars sortis sors non est. Quapropter et in proposita stipulatione conditione stipulationis exsistente, pœnam ab omnibus heredibus de sententia contrahentium committi necesse est. Quod si iure committitur, neque id subtilitate verborum fit, sed quia id actum est, et nemo heredum stipulationi paruit, ei autem in solidum pareri stipulatoris interest: perspicuum est non sine manifesta stipulatoris iniuria fieri posse, si quod illi conditio stipulationis tam aperte dat, id ei
2 invito adimatur. † Idemque est, inquit Pomponius de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiæ iudicis. Propone hoc modo: petebat aliquis a debitore centum; cum de his esset controversia, sumpserunt litigatores de ea re arbitrum, quem hic appellat iudicem, et in eum compromiserunt, idest, simul ambo alter alteri stipulanti vice mutua promiserunt se sententiæ arbitri staturos, ac nisi stetissent, pœnam. Arbiter reum condemnavit, iussitque centum solvere, quæ ab eo petebantur. Is cum decessisset duobus relictis heredibus, unus sententiæ paruit, idest, partem solvit, alter non paruit, idest, non solvit partem. Sentit Pomponius etiam eum, qui partem solvit, nihilominus pœnam ex compromisso debiturum, eadem ratione nimirum, qua supra usus est, quia et hic eadem plane stipulatio sit, et sortis et pœnæ, quæ initio extra compromissum proposita est. Non adversatur huic sententiæ, quod dicitur stipulationem quantitatis recipere divisionem, ut in promissore, sic multo magis in persona heredum ita, ut quemadmodum tantum partem singuli debent, sic pro ea parte solvendo singuli liberentur. *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* Id enim dicitur cum hac exceptione, nisi obstet lex et conditio obligationis, quominus stipulatio dividatur, ut in *d. L.* 2. §. 1. docuimus. Ex hoc autem genere esse ibi quoque diximus pœnæ stipulationem, de qua hic agitur, quod quam recte dixerimus, ex his quæ modo probavi de conditione huius stipulationis, intelligi potest. † Duo sunt præ- 3
cipue, quæ superiorem sententiam perplexam reddunt: §. *Cato, L.* 4. *supr. eod. et L. si servus*, §. 1. *supr. si quis caut.* sed maxime §. *Cato*, de quo prius videamus. Illic Catonis definitio est, si unus ex heredibus promissoris contra quam cautum est, fecerit, si id factum de quo cautum est, dividuum sit, eum, qui contra fecerit, pœnam pro parte tantum sua committere, cæteros, qui nihil fecerunt, non teneri. Idque confirmatur ibidem a Paulo exemplo eius stipulationis, Titium, heredemque eius ratum habiturum ex qua solum eum teneri ait, qui non habuerit ratum, non etiam cæteros coheredes. Utrum rem, an factum promissum dicas, si utrumque pariter dividuum sit, nihil interest; nam et in faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est, pecunia debetur, eiusque petitio non secus divisionem recipit, quam si aperte pecunia ipsa in stipulatum deducta esset. *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, infr. eod.* Non est etiam, quod eo nunc quisquam confugiat; ut dicat pœnam hoc loco nulla heredum mentione facta esse promissam, ideoque unius cessatione pœnam

in

in solidum adversus omnes committi; in stipulatione autem a Paulo proposita mentionem heredum fieri, proinde et eorum enumeratione stipulationem inter heredes esse divisam. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem.* Etsi enim in exemplo facti promissi, quo Paulus utitur heredum mentio non fieret: tamen solus teneretur pro portione sua qui contra fecisset, ut definitione superiore Catonis declaratur, qui nullam mentionem heredum in exemplis a se allatis fecit. Et quamvis id ita non esset: tamen nihil hoc ad explicationem huius loci pertineret. Proponitur hoc loco simpliciter sors esse promissa, non autem ita, promitto me heredemque meum decem daturum. Esto: at non eo minus pœna adversus omnes committeretur, etsi in concipienda stipulatione heredum mentio facta esset, et unus tantum portionem suam solveret: semper enim verum esset exstitisse conditionem totius pœnæ, ac ne eum quidem, qui partem solvit; stipulationi paruisse, ut supra dixi. Quid ergo est? Nihil est explicatu facilius, si observetur in definitione Catonis, et tota disputatione illa Pauli agi de stipulationibus, quæ sunt in non faciendo: hoc autem loco de stipulatione, quæ in dando aut faciendo est; et simul in pœnalibus stipulationibus, quæ utrique huic generi subiiciuntur, quam sint dissimiles facti conditiones, et quid contineant, consideretur. Sic enim intelligemus ubi ab uno impleri possint pro parte tantum eius, ubi contra non possint impleri, nisi ab omnibus, eademque opera ubi uno tantum contra faciente alias committatur stipulatio pro parte, alias non nisi in solidum. Ergo cum quis promittit se quid non facturum, et si contra fecerit, pœnam, observetur pœnalis stipulationis hanc conditionem esse, si quid factum sit. Cum autem promittit se quid daturum aut facturum, et si non dederit, fecerit, promittit pœnam, observetur hic contra promitti pœnam sub contraria conditione, nempe hac, si quid factum non sit. In priore conditione nihil prohibet, quominus unus ex pluribus heredibus quid faciat pro parte sua, alter non faciat, id est, quominus unus committat adversus se stipulationem, alter non committat. In posteriore conditione id evenit, ut nisi id totum fiat, quod in conditione positum est, verum sit id factum non esse, eoque et conditio in totum exsistat, proinde etiam exsistat adversus omnes de tota stipulatione videlicet. Quæ si ita sunt, merito ex hac posteriore pœnam debebunt omnes; quia omnes ex æquo stipulationi non paruerint, ut hic responsum est. Ex priore autem illa: unus ex heredibus contra faciendo solus tenebitur, quia solus fecerit; et tenebitur pro portione tantum hereditaria, quia solum pro parte heres sit. Ipse vero promissor etiam pro parte contra faciendo totam pœnam committet: quia verum est eum fecisse contra, quam cautum est, etiam si pro minima parte fecerit; hoc enim satis est, ut pœnam totam debeat, qui totam promisit, ne quid contra stipulationem faceret; quæ Catonis et Pauli sententia est de stipulationibus dividuis in non faciendo conceptis in *d. §. Cato.* Verendum est tamen, ne huic distinctioni obstet, quod Pomponius hoc loco scribit de pœna ex compromisso. Ait enim hanc deberi, etiam ab eo ex heredibus, qui sententiæ paruerit, ubi alter non paruit. At fieri potest, ut arbiter vetuerit actorem petere, ut iam obligatio, qua actor ex compromisso tenetur, sit in non faciendo, idest, in eo ne petat, quod illum arbiter petere vetuit. Et esset sane, cur id superiori distinctioni, et toti sententiæ tum Catonis, tum Pauli de stipulationibus dividuis in non faciendo conceptis aperte adversari putaremus, si hic locus Pomponii de eius arbitri sententia accipi posset, qui quid peti vetuisset. Sed verba refragantur: is enim solum recte dicitur parere sententiæ, qui facit, quod iussus est. Atqui id facere solum is intelligitur, qui iussus dare aut facere, id præstat, quod iussus est. Nam qui vetitus est petere, etiam si hodie non petat, non ideo tamen dicendus est sententiæ arbitri paruisse; quia qui hodie non petit, cras petere potest, ut non minus contra sententiam faciat. Restat *L. si servus, §. 1. supr. si quis caut.* Promisit quis una stipulatione se plures servos iudicio stiturum, et nisi stitisset, pœnam; deinde quosdam stitit, quosdam non stitit, idest, ex parte fecit, quod promisit, ex parte non fecit. Illic scriptum est pœnam integram committi, et si unus status non sit, ut hoc loco in simili specie stipulationis pœnalis fieri dicimus; sed illic adiicitur, si pro rata unius pœna offeratur, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione conveniatur. Admittunt quidam et in specie hoc loco proposita idem esse probandum: quod et ratione huius loci, et actione proposita ei, qui coactus totum solvit, satis refellitur. Primum Pomponius rationem reddens sententiæ suæ, nisi stipulatori totam pœnam petere liceat, iniuriam stipulatori fieri ait: non ergo petenti doli exceptio obstabit. Bene enim Duarenus doli exceptionem ait ad iniuriam depellendam, non

non ad eam inferendam comparatam esse. *L.* 1. *supr. de dol. except.* Deinde si is, qui portionem suam solvit, conventus etiam alteram partem solverit, ne in pœnam incideret, datur ei actio familiæ erciscundæ adversus coheredem, ut eam partem ab eo recipiat. *L. heredes*, §. *idem iuris, supr. fam. erc.* Non datur heredi adversus coheredem hæc actio de eo, quod heres solvere necesse non habuit. *d. L. heredes*, §. *si unus*, *supr. fam. erc.* Non haberet autem necesse heres totam summam solvere, si parte sua soluta exceptione doli tutus esset, ne alteram partem solvere, aut pœnam præstare cogeretur. Sic ergo in proposito uno tantum ex heredibus portionem suam solvente, pœna etiam adversus eum committitur, ut pœnæ petitio nulla exceptione removeatur. Ita illud manet, in hac specie ubi pars tantum data non est eius, quod totum dari ex stipulatu debuit, nihilominus pœnam committi in solidum, idque utiliter: in eo autem, qui plures servos se stiturum promiserat, pro rata tantum parte eius, quod ex stipulatione factum non est, pœnam utiliter peti posse, ex dicta L. *si servus*, §. 1. An dicemus in hac posteriore stipulatione ideo pro iis servis, qui stati non sunt, non posse pœnam peti utiliter, quia enumeratione plurium servorum, de quibus sistendis cautum est, divisa sit conditio? Argum. *L. cui fundus*, *supr. de cond. et dem.* Recte hoc diceretur, si pluribus personis esset conditio adscripta, ut scriptum est in dicta *L. cui fundus*. Nunc autem in stipulatione de servis pluribus sistendis, ut unus est promissor, qui promittit sisti; ita unius eius personæ conditio pœnæ adscribitur, nempe hoc modo, si ille non stiterit; ut vel ex eadem *L. cui fundus*, recte ita dicturi simus, si conditio summæ tunc dividitur, cum pluribus personis iniuncta est, satis esse argumenti, si uni tantum sit adscripta, si quid non faceret, conditionem non dividi. *L.* 1. *ver. huius*, *supr. de offic. eius cui man. est iur.* Et certe ita dici necesse est, si quod dicitur in dicta *L. si servus*, §. 1. tueri volumus. Illic enim traditur pœnam integram committi, etsi unus tantum status non esset. Id falsum est, si pro numero servorum et conditio, et pœnæ præstatio dividitur. Dici enim oportuit pro rata tantum eius, qui status non est, pœnam committi; pro his autem, qui stati sunt, non esse commissam. An potius dicemur in stipulationibus prætoriis, qualis est iudicio sisti, humaniorem interpretationem admitti, quam in conventionalibus. Ego didici id non aliter fieri debere, quam si Prætor id senserit, quod accipiendum esse dicimus: propterea quod dicuntur prætoriæ stipulationes legem accipere de mente Prætoris, qui eas proposuit. *L. in conventionalibus*, *infr. eod.* ita eveniet, ut si pœnam dicimus pro iis servis, qui stati non sunt, peti non posse; dicendum sit hanc quoque esse Prætoris mentem, ne petatur. At hæc si mens est et sententia Prætoris, oportet stipulationem pœnæ eatenus non committi ipso iure. Ut enim ex conventionalibus stipulationibus, quæ ex mente et sensu contrahentium valent, contra id, quod aperte actum est, et sensum a contrahentibus, nulla obligatio contrahitur: *L.* 3. §. *ult. supr. prox. tit. L. eum qui calendis*, *supr. eod. L. semper in stip. infr. de reg. iur.* ita ex prætoriis, quæ ex mente Prætoris accipiendæ sunt, contra quam ille senserit nihil deberi oportet. Nunc autem in *d. L. servus*, ubi vel unus ex pluribus servis status non sit, dicitur nihilominus pœnam integram committi. Ex quo intelligi potest contrariam interpretationem non tam esse ex mente Prætoris, quam contrahentium, alioqui nec in solidum contra mentem Prætoris stipulatio committeretur: ita fieri, ut interpretatio contraria non magis in prætoriis admitti debeat, quam in conventionalibus. Finge enim et extra iudicium inter consentientes eandem stipulationem esse contractam de pluribus servis sistendis, et omnes præter unum statos esse, non dubito, quin et in hac specie idem respondere debeamus, quod de pluribus, de quibus iudicio sistendis cautum est in *d. L. si servus*. Tutius est igitur, ut hic dicamus, quod in simili re, et quidem in stipulatione conventionali, non prætoria scriptum est in *L.* 3. *supr.* ubi hunc locum pluribus exposuimus, verbis quidem et conceptione conditionis stipulationem pœnæ in solidum esse commissam, ubi non omnes servi stati sunt, qui sisti debuerunt, et si unus forte tantum status non sit; verum pro his, qui stati sunt, ideo competere doli exceptionem, quia hactenus non sit æquum et bonum reum condemnari; et ideo non æquum, quia eatenus nihil intersit actoris, ac ne interesse quidem possit, eoque nec ex mente contrahentium, ut eo nomine pœna debeatur.

Ad L.

Ad L. Is cui. 6.

Ulpianus libro primum ad Sabinum.

Is cui bónis interdictum est, stipulando sibi acquirit: tradere vero non potest, vel promittendo óbligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit: sicut nec pro furioso.

S U M M A R I A.

1. *Is cui bonis interdictum est, nec testamentum condere, nec res alienare, nec obligari, nec in universum deminuere patrimonium potest.*
2. *Cui bonis interdici possit, et quis prodigus.*
3. *Interdictio iniuste facta; an præiudicet.*
4. *Per quos interdici possit.*
5. *Quando bonis interdictum intelligatur.*
6. *Lege dari aut fieri in usu iuris quid.*
7. *An prodigo eo ipso, quod prodigus est, an vero ita, si prius prodigus sententia Magistratus declaratus fuerit, interdicatur.*
8. *Furiosus cum prodigo comparatus.*
9. *Pupillus cum prodigo comparatus.*
10. *Refutantur argumenta, quæ in administrationis interdictione Magistratus declarationem exigere videntur.*
11. §. Item prodigus, Inst. Quib. non est permis. fa. test. *explicatus.*
12. *Interdicere bonis quid.*
13. *An usque eo producenda sit Interdictio, ut ne acquirere quidem sibi possit prodigus, et meliorem conditionem suam facere.*
14. *Eius; cui bonis interdictum est, nullam voluntatem esse, quomodo accipiendum.*
15. *An cui bonis interdictum est, si obligari velit, ne naturaliter quidem obligetur: et cur hac in re furioso similis; non pupillo.*
16. L. Marcellus, infr. de fideiussor, *explicata.*

1 IN bonorum administratione cum de testamento faciendo, de rebus alienandis, de patrefamilias obligando, et in universum de deminuendo patrimonio agitur; variis locis constanter traditum est, eum cui bonis interdictum sit, nihil istorum facere posse, ut non prodigi aut alterius cuiuspiam certæ personæ appellatione iuris auctores uterentur in huius rei definitione, sed his verbis: Is cui bonis interdictum est, ut *L. is cui, supra, qui test. fa. pos. L. Iulianus, supra, de cur. fur. et hac L.* In quo tractatum est ab his ipsis iuris auctoribus, quid efficeret hæc interdictio in bonorum administratione, quod præcipue hoc loco exemplo stipulationis declaratur. Sed prius est, ut in hoc iure constituatur, eum cui bonis interdictum est, quem intelligere debeamus. Quod a veteribus prætermissum esse verisimile est, quia illorum temporibus, quisnam is esset, satis constaret. Nobis ab illorum ætate tam longe remotis difficilius ipsorum scripta fecere, quæ ut in Pandectas relata sunt, eiusmodi sunt, ut non abs re in diversas sententias trahi soleat. Atque in eo hæc dubitatio est: legimus enim interdici bonis prodigo, sed an interdicitur soli prodigo? legimus præterea interdici lege, alibi per prætorem. An ergo sola lege interdicitur, an vero nihil agitur; nisi interdicatur per Magistratum? Res sic commode explicabitur, si dixerimus, cui bonis interdici possit, per quos interdici, et quando ab his interdictum intelligatur. Et certe tot sunt, quæ in hac re explicanda quæri oporteat. Omnes enim intelligere debent, cum dicitur alicui interdictum esse bonis, hoc sic esse accipiendum, non si quomodolibet interdictum sit, sed si iure. Nam et condemnatum eum accipimus, qui rite condemnatus est. *L. 4. §. condemnatum, supr. de rè iud.* Et rem iudicatam, quæ rite iudicata est. *L. 4. L. ex stipulatione, C. de sent. et int.* Iure autem alicui sic interdictum intelligitur, si interdictum est, et cui oportet, et a quibus oportet. † Ac si 2
quæritur, cui oporteat, prodigus est, et is solus, cui interdicatur bonis. Huic quidem bonis interdici constat. *L. 1. L. pen. §. 1. supr. de cur. fur. §. item prodigus, Inst. quib. non est per. fac. test.* Est autem prodigus, *Ulpianus* in *L. 1. supr.* de cur. fur. *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed sua dissipando et dilacerando profundit.* Sed an solus prodigus in hoc numero? et non est alius, cui legamus lege bonis interdici, nec vero est etiam alius, cui interdicatur. Nam pupillis, minoribus, mutis, surdis, etsi plena non tribuitur bonorum administratio, non tamen his plane bonis interdicitur. Furiosis

riosis et infantibus omnis administratio, adempta est; sed adempta naura, non interdicta lege. Itaque eum cui bonis interdictum est, ubique legimus distingui a furioso, ut hac *L. et L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* Illud constat, ei qui intelligat, quid agatur, et sit sanis moribus, iure bonis interdici non posse, adeoque id verum est, ut si cui ab initio curator recte datus sit tanquam prodigo, qui et vere esset prodigus, si is deinde sanos mores receperit, ipso iure desinat esse in potestate curato-
3 ris. *L. 1. supr. de cur. fur.* † Quid ergo, si per prætorem interdictum sit ei, qui prodigus non esset? Et probandum est ad hoc saltem interdictionem valere, ut decreto Magistratus et interdictioni stetur in re dubia, ac quamdiu non probetur aperte eum, de quo quæritur, prodigum non fuisse, tandiu is pro prodigo habeatur. Nam de hac interdictione Prætoris ita disseritur in *L. Iulianus*, *supr. de cur. fur.* quasi hæc pro iusta interdictione bonorum administrationem adimat. Sed hoc sic accipiendum, inquam, quamdiu nihil contra de sanis moribus eius, cui interdictum est, probabitur. Quod si aut Magistratui obreptum erit a cognatis, aut Magistratus iniuriam facere voluit, idque probabitur, dicendum est nullius momenti esse interdictionem. Nam si interdictio, quæ ab initio constitit ob id, quod quis esset prodigus, rescinditur tamen, si is cui interdictum est, prodigus esse desierit, ut modo diximus; quando magis irrita erit interdictio, quæ in eum constituta est, qui iam tum, cum ei interdicebatur, prodigus non fuerit? facilius enim quid iustis ex caussis prohibetur ab initio, quam recte constitutum ex iisdem causis dissolvitur. *L. patre*, *supr. de*
iis, *qui sunt sui*, *vel al. iur.* † Per quos 4
recte interdicatur bonis prodigo, videndum est. Et per prætorem, seu Magistratum, qui tanquam prodigo curatorem dabit, recte interdici constat; *L. Iulianus*, *L. pen.* §. 1. *sup. de cur. fur.* cuius interdictionis quæ vis sit, supra ostendimus. Etiam lege interdici scriptum est in *L. 1. supr. eod. L. is cui*, *supr. qui test. fac.* nec vero dubitari debet; quin si magistratui licet interdicere, multo magis liceat legi; cum hanc
potestatem a lege accipiant Magistratus. † Sed 5
hoc habet [1] dubitationem, quando lex interdicat, vel potius quando interdictum velit bonis

1) Vaga quæstio est, in qua cum nostro statuunt, Rob. 2. *rec. lect.* 34. Fachin. 2. *contr.* 63. Sed opinio requirens decretum magistratus, receptior, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 31. Vigl. *in* §. 2. *I. Quib. non est permiss. n.* 3. P. Gregor. 13. *Synt.* 6. *n.* 4. Duar. *et* Cuiac. *ad L.* 6. *de V. O. et* Cuiac. *ad L.* 18. *de testam.* qui tamen olim ex iure 12. tab. interdictionem factam ac curatorem datum lege admittit, Dauth. *de Testament. n.* 122. requirens, etiamsi notorium sit, Bronch. 1. *Axiom.* 34. Forst. *de Pact. C.* 5. *pag.* 130. *et seqq.* Setfer. *Lib.* 1. *de Iuram. Cap.* 5. *n.* 17. *et seqq.* fuse hinc inde disputans P. Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 2. *n.* 53. *et* multis *seqq. ac* Gœd. *de contr. stipul. C.* 7. *Concl.* 10. *n.* 134. *et seqq.* Mediam sententiam in eo, ita ut quæ plerique confunduntur, declarationem prodigi, interdictionem, et curatoris dationem seiungenda statuam. Unde rem quadruplici distincione totidemque conclusionibus sic expedio: I. PRODIGUS EST ET CONSTITUITUR SUIS ACTIBUS, ipsa nimirum profusione, petulantique in facultates suas grassatione. Quia enim vitium est, ideoque habitus, prodigalitas non aliena cuiuscunque declaratione, sed propriis actibus acquiritur. II. DECLARATIO PRODIGI SEMPER, et antiquissima decem virorum et media iurisprudentiæ ætate, FACTA SENTENTIA MAGISTRATUS, PRÆVIA CAUSSÆ COGNITIONE. Ea enim res cum ex circumstantiis dependeat, facti non iuris est, proinde nulla lege aut iuris regula definiri potest, arg. *L.* 32. *de Usur.* Nec de eo statui quidquam potest nisi probe perpensis facultatibus, consideratisque aliis, in quos usus profusiores impensæ erogatæ, etc. Quia prodigalitas, ut recte Gœd. *d. lo. n.* 148. ex tali facto proficiscitur, quod pro varia personarum, temporum, rerum, caussarum, qualitatum quantitatum, eventuum, locorum circumstantia virtutem sapere potest. Declaratio itaque efficiet non ut sit prodigus, sed ut habeatur ac sciatur, utque de facto constet. III. Concl. CONSTITUTIO ITA ET DECLARATO PRODIGO FIT INTERDICTIO ET OLIM ET HODIE LEGE. Atque hactenus nostro assentior, sitque tex. *L.* 1. *de Cur. fur. et L.* 18. *de testam.* exaudio. Interdicitur adhuc hodie in præsenti, *lege* ipsa. Incommode Gœd. *d. loc. n.* 53. idest a prætore ex speciali concessione legis non iure magistratus. Hac enim ratione dici posset lege dari tutorem qui a magistratu, per *L.* 6. §. 2. *de tutel.* Quod quis admittet? Deinde nec probatur hoc a lege specialiter quibusdam magistratibus concedi. Denique nec adversativa vocula *sed* in *d. L.* 1. convenit, *prodigo* scilicet quem talem esse constat. Neque enim Lex ipsa definire potest quis sit prodigus, nec in thesi, nisi generalissime *d. L.* 1. *pr. ibi qui neque tempus*, nec et multo minus, in hipothesi, quod Titius, Caius sit prodigus. Rem simili gemino illustro. Mora perpetuat obligationem, certissima est iuris definitio *L.* 88. *de V. O.* et quidem ipso iure. Quis autem moram commiserit, Lex definire nequit *L.* 32. *de Usur.* certe non in hypotesi. Sed id ex re iudici æstimandum. Sic etsi certo iure cautum ob insigniorem Vassalli ingratitudinem, feloniam vocant, Feudum domino aperiri, non tamen certis regulis concludi potest quisnam omnino ita sit ingratus. Et si aliquo modo in thesi id definitum, certe non in hypothesi. Unde sententiam declaratoriam requiri feudistici interpretes contendunt, non qua fiat ut iure suo cadat; sed qua commissam feloniam constet, ut iuris dispositioni locus sit. Quare et hic non est ea vis prætoriæ sententiæ per se, ut luxurioso adimatur administratio, sed postquam ex decreto illo constare de facto cœpit, ipsa lex sua vi bonis interdicit *d. L.* 1. *d. L.* 18. Ac licet solemne Prætori ut et ipse sua sententia interdiceret, 3. *Sent. Pauli* 4. §. 8. Unde interdictio ad prœtorem refertur *L.* 10. *L.* 15. *pr. L.* 16. §. 1. *de Cur. fur.* tamen si eam declaratione sua exprimere negligeret, solum pronuncians, Titium prodigum videri, nullatenus dubitandum, interdictioni legis nihilo secius locum fieri. IV. Concl. ADMINISTRATIONE BONORUM IAM PROHIBITO DABATUR CURATOR OLIM LEGE, PROXIMUS AGNATUS, HODIE A PRÆTORE *d. L.* 1. *pr.* Atque in eo quoque cum nostro facio, quamvis is quadantenus a se dissentiat, ut *supr. Lib. Civil. Comment.* 3. *C.* 19. *n.* 8. Discrimen hoc probant illa

Horatii 2. Sat. 3.

. . . . . . Interdicto huic omne adimat ius
Prætor, et ad sanos abeat tutela propinquos.

Quibus ita positis operosum non est obiecta nostri diluere. Et (1) quidem responsione non egere ex dictis liquet. Ad (2) Respon. licet L. non dicat, *convicto* tamen sententia legis alia non est, quam ut ei interdicatur non quem hic vel ille prodigum esse existimet, sed quem esse prodi-

bonis prodigo, utrum statim, ut quisque re vera erit prodigus, ut sic ad inhibendam bonorum administrationem non sit expectanda, certe non sit necessaria alia Magistratus interdictio; an vero tunc demum, cum et is, de quo quæritur, prodigus erit, et hoc amplius ei prætor tanquam prodigo bonis interdixerit. Et hoc posterius plerique omnes Accursium secuti acceperunt, atque ita statuunt, nisi per Magistratum interdicatur bonis prodigo, omnino interdictum non videri, sed quæcunque prodigus gesserit, perinde rata esse ante interdictionem omnia, ac si non dico non esset prodigus, sed etiam ac si quivis bonus paterfam. gessisset. Ego et verbis eorum locorum, qui de hac interdictione scripti sunt, et certa, ut mihi videtur, ratione moveor, ut contra putem, ut quisque prodigus erit, ita ei lege interdici bonis, et sola lege interdici, ut si interdictio Magistratus accesserit, bene sit, valeatque id ad eorum, qui cum prodigo contrahere volent, cautionem: sin minus, non ideo minus pro prodigo sit habendus, qui talis est, nec minus irritum sit, quod gesserit. Ulpianus in *L.* 1. *supr. de cur. fur.* ita scribit; *L.* 12. *tabularum prodigo interdicitur bonorum administratio.* Item in *L. is cui*, *supr. qui test. fac. pos.* negat eum testamentum facere posse, cui lege bonis interdictum est. Utrobique lege interdici ait, neque amplius, et quidem tunc, ubi de ea inter-
6 dictione ex professo agebatur. † Lege dari aut fieri aliquid cum dicitur, nec quidquam adiicitur, hoc dici in usu iuris intelligitur, lege sola dari aut fieri sine opera et interventu alterius. *Legitimæ tutelæ*, inquit idem in *L.* 1. *supr.* de leg. tut. *Lege duodecim tabularum agnatis delatæ sunt.* Quid est *Lege*? nempe lege ipsa, et sola lege, non etiam testamento, aut a Magistratu. *Legitimos*, inquit, *tutores nemo dat: sed Lex duodecim tabularum facit tutores* L. legitimos, *eod. tit.* Idem in *L.* 3. eod. *ergo manumissor*, inquit, ex *Lege duodecim tabularum tutor est*, hoc sentit, sola lege tutor est, nec necesse est eum a Magistratu tutorem dari. Eadem legitimæ hereditatis significatio est: quam constat ita dici, quia lege deferatur, a lege veniat. *L. capitis*, *supr. de suis et leg.* Atqui ea est, quæ ab intestato defertur, idest, defertur sola lege sine testamento. *L. illud*, *supr. de acq. her. L.* 3. §. *de illo*, *supr. pro soc.* Ergo ut hic nihil esset amplius, quam ut diceretur lege aliquid interdici; tamen hoc verbo lege admoniti intelligeremus interdici lege sola, nec prætoris interdictionem desiderari. Nunc autem addidit Ulpianus, lege interdici prodigo, prodigo, inquam, non prodigalitatis convicto, aut damnato. † Ex quo in- 7
telligimus lege interdici prodigo hoc ipso, quod prodigus est, non autem ita, si prius prodigus declaratus fuerit sententia Magistratus. Non hæc mea collectio est, sed eiusdem Ulpiani in re non dissimili, in *L. palam*, §. *penul. supr. de rit. nupt.* Nam cum lege ita cautum esset: quæ in adul-

gum liquet. Paria enim sunt, non esse et non apparere. Planeque diversa est ratio deprehensæ in adulterio *d. L.* 43 §. *pen.* quam certo adulteram esse constat, etsi nec rea postulata sit; et prodigi qui ex uno vel altero profusiori actu æstimari nequit. Quid quod Donellus probationem poscit ab asserente prodigum fuisse; quocum contractum est. Quæ vero alia suppetit probatio. Non hic locus instrumentis, nec duorum triumve, licet non dubiæ fidei sint, assertionibus credi potest. Quis enim constanter hoc asseverabit, quam scientiæ rationem reddet? Curiosum certe et invidiosum privato in aliorum facta et fortunas inquirere. Quin et harum sæpe iniqui æstimatores, qui ipsas tenent §. 3. *I. Quib. ex ea man. L.* 10. *Quæ infr. cred.* At nisi his cognitis prius, nisi aliis etiam perpensis, quis sibi privatus hanc licentiam aliquem prodigum declarandi sumet. Sed nec communi rumori (sermoni disperso, cui malignitas plerumque initium dat, credulitas incrementum Quintil. *Lib.* 5. *C.* 3.) ac indiscreti vulgi iudicio nimium hic tribuendum, atque ita notorietati, ut vocant. Quia vix est ut non illud multis modis variet. Sint plures quibus hic prodigentior, ast alijs liberalis ac munificus habebitur. Erunt forte et qui iusto tenaciorem putabunt. Ad (3) Respond. invertendo. Imo res hæc magni præiudicii; et ex parte contrahentium cum illo ob iustam ignorantiam, quia non aspectui ita expositum et obvium hoc vitium, et non convenit de aliis esse curiosum. Et ex parte prodigi, tum ne temere a libera rerum suarum dispositione removeatur, tum ne existimationis notam incurrat, quæ hic vertitur. Nam et olim decoctoribus, quasi maculosis, certus locus constitutus nec ex lege Roscia, in ludis et consessu theatrali iis sedere licuit in 14. ordinibus, Cic. *Philipp.* 11. Hot. 4. *Obs.* 6. ab Hadriano, auctore Ælio Spartiano in eius vita catamidiari iussi in amphitheatro, idest, publicitus deridiculo haberi ut Erasm. *ib.* Conna 9. *Com.* 4. *n.* 11. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revo. don. V. bona n.* 6. exponunt. Nec favor et commiseratio prodigi, qui odio ob perditos mores dignior, caussam dat huic iuri, sed publica utilitas. §. *ult. I. de his qui sui*, ibi *ne quis re sua male utatur*, At æque publice expedit ne quis bona fide contrahens indigne decipiatur. Quin etsi beneficium esset prodigi, tribuendum tamen sine cuiusquam iniuria *L.* 4. *C. de emanc.* Ad (4) Respond. Largior ego in eo convenire, quod æque utrique ipso iure interdicatur, sed cum iam constiterit illum esse furiosum, hunc prodigum. Furor ob oculos obversatur, nec quenquam latere potest, nec ulla in eo agnoscendo discretione ac iudicio opus. Deinde nec in omnibus comparatio firma. Neque enim prodigus delinquens fert impune. Ad (5) Respond. Facilius ætas alicuius potest explorari, et certo cognosci aditis propinquis, etc. quam profusi mores. Quin imo si minor se maiorem mentiatur, contrahente inscio, valet quod cum eo agitur. Obiici quoque solet. Interdictio sine decreto magistratus tollitur, *L.* 1. *pr. de Cur. fur.* Ergo per L. 35. *de R. Iur.* Respond. *L. ut not. supr. lib. Civil. Comment.* 3. *C.* 22. *N.* 1. (2) Etsi nulla sententia esset necessaria, *ut* Tiraq. *tr. Cess. caussa P.* 1. *n.* 123. *et* 2. *seqq.* tamen promptior est rei reditus ad suam naturam et facilior absolutio *L.* 47. *de O. et A.* (3) Quis prodigus prius iudicatus frugalitatis mores recuperet facilius a quovis dignosci potest, quam quis prodigus fiat, a privato statui.

adulterio deprehensa est, eam quasi publico iudicio damnatam, eoque et notatam esse, verbis legis motus Ulpianus hinc colligit, si deprehensa quidem sit damnata autem non sit, eam notari: nec alio argumento utitur, quam quod verum sit eam in adulterio deprehensam, de damnata autem lex non loquatur, et ut subiicit, quia factum lex, non sententia notaverit. Liceat igitur et de prodigo idem dicere; lege interdicitur bonis prodigo, ergo etsi prodigus quidem sit, talis autem pronunciatus non sit a Magistratu; tamen ei interdictum erit lege, quia lex prodigum, non sententia declaratum prodigum designaverit. Hæc de verbis eorum locorum, quibus de hac re cautum est. Nunc quam recte Magistratus declaratio et interdictio exigatur, rationibus, si placet, exquiramus. Hanc vero exigi aut iniquum, aut supervacuum: alterutrum evenerit, omnes concedent eiusmodi esse, ut exigi non debeat. *L. iuris gentium*, *§. dolus*, *supr. de pact.* Et aut interponetur Magistratus interdictio, aut non interponetur. Primum fingamus interponi: reperietur id esse supervacuum. Quid enim, si hi, qui cum prodigo contrahent, scient esse prodigum? ineptum est certiorare eos, qui non ignorent. *L. 1. in fin. supr. de act. empt.* Quid, si nescient esse prodigum? tamen inutilis his erit non minus interdictio, si hanc intervenisse pariter ignorabunt. Quid, si sciant prodigo a Magistratu bonis esse interdictum? Prodesse fortasse his interdictio poterit, ut hac moniti ne cum prodigo quidquam negotii gerant. Sed nihil hoc ad rem pertinet, quærendum est in hac re, quid prosit prodigo, non quid aliis. Id enim agitur hac interdictione, ut prodigo consulatur, ne bona dissipet, non ut aliis; qui si ita contrahant cum prodigo, ut eius meliorem conditionem faciant, ipsis nocet, quod gestum est, non prodigo, ut paulo post dicemus. Atqui nihil potest prodesse prodigo Magistratus interdictio, ut sibi a bonorum dissipatione temperet, aut enim quid dicatur a Magistratu non intelliget, et frustra quidquam non intelligenti præcipiatur: aut vero intelliget, et ea interdictione morbus animi irritabitur magis ad prodigendum, quam lenietur. Nota est humani ingenii contumacia egregie expressa illo versu Ovidii:

Nitimur in vetitum semper, cupimusque negata.

Atqui hic morbus viget præcipue in hominibus mentis non sane, qualis est prodigus. Est igitur ita, ut si vere prodigo Magistratus bonis interdicat, sit inutilis interdictio vel his, quibus aliquid negotii cum prodigo esse potest, vel ipsi prodigo. Sed demus non esse inutilem, nunc quidem de interposita non agitur. Fingamus id, de quo quæritur, interdictionem Magistratus non intervenire, ac nihilominus ita exigi, ut sine ea rata sint omnia, quæ prodigus gesserit, hoc vero non iniquum tantum, sed etiam iniquissimum. Quid enim, qui re vera et palam prodigus est, an eo minus est prodigus, quia Magistratus eum talem esse non pronunciaverit? nihil hic facit Magistratus interdictio. Ut eum, qui non est prodigus, Magistratus sententia prodigum non facit: sic qui est prodigus, multo minus talis esse desinet, etsi quis eum talem esse ignoret, aut sciens taceat. Quam hoc vero inique statuitur, bonorum administrationem permitti prodigo ante interdictionem a Magistratu factam? Imo vero quam absurdum, quæ ab eo, quem constet esse perditis et dissolutis moribus, gesta sunt, perinde rata haberi, ac si ab homine sanæ mentis, et optimo patrefamilias gesta essent? nemo ferat bonorum administrationem permitti furioso, ante quam a Magistratu talis sit declaratus, sitque ei bonis interdictum. Idem statuamus de prodigo etiam ante quam quisquam Magistratus bonis ei interdixerit; nam prodigus furiosi habetur loco, neque alia de caussa ei bonis interdicitur. L. *hi qui*, *§. ult. supr. de tuto. et cur. da.* Sed cur potius permittamus prodigo administrationem bonorum suorum ante interdictionem? Ad Magistratum venietur, inquies, et Magistratus statim illi interdicet. At quam inique hoc expectatur? Quid enim, si nemo rem ad Magistratum deferat? quid, si negligant omnes prodigum, et permittant eum vivere suis moribus? Quid, si Magistratus non sit copia? Quid, si adsit, et aditus rem negligat? Ergo isto modo prodigus impune erit prodigus, et prius rem omnem illi dilapidari et perire necesse est, quam remedio sit locus, quod quam iniquum sit apparet. Quid, si etiam expectari Magistratus interdictionem est contra sententiam et rationem legis, ut hoc non magis iniquum sit, quam iniustum? Nam cur a Magistratu interdicitur bonis prodigo? non utique quia talis declaratus est, sed quia re vera est prodigus. Atqui prodigus est, etsi a prætore non pronuncietur esse talis; quapropter in eadem caussa et eadem ratione, non minus ei ex sententia legis etiam sine in-

interdictione Magistratus consultum esse debet. Sed cur prodigo interdicitur, ut prodigo? omnes concedent, opinor, in eo id quæsitum esse, ut prodigo consuleretur, ne temere videlicet dissiparet bona, qui neque modum, neque finem expensarum habet, ut supra dixi. At eadem est infirmitas mentis, eadem insania prodigi, quamvis ei bonis non interdicatur a Magistratu, atque adeo quominus ei quisquam consulit, eo maiore commiseratione dignus est, et maiore auxilio indiget. Sit ergo in pari morbo, et maiore etiam periculo ex sententia legis idem re-
8 medium. † Postremo in bonorum interdictione et administratione cæteris in rebus omnibus comparari furiosum et prodigum videmus. Ut furiosus fuit olim in potestate agnatorum ex lege 12. tabularum, ita fuit et prodigus. *L. sæpe, supr. de cur. fur.* Ut nunc datur curator furioso a Prætore, ita datur et prodigo. *L. 1. eod.* ut furioso propter inopiam mentis, et consilii bonis interdicitur, sic et prodigo ob eandem ipsam caussam: quia scilicet quod ad bona attinet, furiosum faciat exitum, ut est in *L. hi qui, §. ult. supr. de tut. et cur. da.* Ambo quoque si sanos mores receperint, pariter ipso iure desinunt esse in potestate curatorum. Cum cætera in hac interdictione sint similia, an censemus eos, in quo præcipue eos comparari oportuit, ut ambobus pariter consulatur, in eo ipso dissimiles esse constitutos? In cæteris omnibus distinguerentur citius, quam in eo, cuius potissimum caussa hæc omnis interdictio quæsita est. At omnium consensu furioso interdicitur bonorum administratio ipso iure, neque hic quisquam Magistratus interdictionem exspectat. Quare et in prodigo hoc ipso quod erit prodigus, idem fieri debere, et factum esse lege iudicandum est. †
9 Quod si furiosi exemplum non placet, quasi minus sit mentis in furioso, quam ut ei ante ullam interdictionem Magistratus aliquid concedendum sit in bonorum administratione, conferatur saltem cum prodigo pupillus, atque adeo minor viginti quinque annis, in quibus plus inest mentis et iudicii, quam in prodigo: tum demum quam sit necessaria in prodigo Magistratus interdictio, intelligetur. Non pupillis solum, sed etiam adolescentibus bonorum suorum administratio adempta est vel legibus, vel moribus, constitutumque ut ad virilem usque ætatem adolescentes curatorum auxilio regantur. *L. 1. in fin. supr. de minor.* Quis est, qui dicat ad eam rem opus esse interdictione Magistratus, ut priusquam illis interdictum fuerit a Magistratu, his permittatur bonorum administratio, et ratum sit, quod gesserint? Imo si pupilli sunt, nihil sine tutoris auctoritate possunt gerere, quo deteriorem conditionem suam faciant, sive tutorem habeant, sive non habeant. *L. obligari, sup. de auct. tut.* si sunt adolescentes, et curatorem habent, sic contrahendo obligantur, ut tamen omnibus in rebus in integrum restitui possint. *L. 3. C. de in int. rest. mi.* omnibus autem pariter prædiorum alienatio sine decreto Magistratus est interdicta. Neque in his quæritur, an qui cum his contraxit, sciverit minorem esse, an nescierit, his tutorem vel curatorem datum esse, an ignorarit. Quapropter et in prodigo, in quo non firmitas consilii, sed mentis sanitas desideratur, multo magis idem statuendum est, ut etsi ei non erit bonis interdictum a Magistratu, etsi is qui cum eo contraxit, nescivit esse prodigum: tamen non eo minus irritum sit, quod gesserit, cum sit prodigus re vera, idest, is cui multo minus, quam adolescenti, aut pupillo bonorum administratio propter insanos mores committenda sit. Atque hæc sunt, cur mihi probetur prodigo interdici bonorum administrationem lege, idest, ipso iure, non exspectata Magistratus interdictione: omnia et verbis legis, et sententiæ ac rationi æquitatis adeo consentanea, ut nisi quid evidentius hanc sententiam nobis extorqueat, non temere eam deponere debeamus. Et quidem video esse eiusmodi, ut nisi quid obstaret, ultro omnes amplexuri fuerint. Nunc quia apertioribus locis, ut plerique putant, exigitur prætoris interdictio, ideo hoc posterius sequi maluerunt. Quid ergo afferatur pro recepta ista senten-
tia, videamus. † Moventur vulgo verbis Ul- 10
piani ex *L. 1. supr. de cur. fur.* nam cum is dixisset lege 12. tabularum interdici prodigo, subiecit; *sed solent hodie prætores vel præsides ei curatorem dare exemplo furiosi.* Hoc fere omnes sic acceperunt, quasi Ulpianus adversativa oratione, *sed solent*, mutet id, quod prius de legis interdictione dixerat, sitque hic sensus: olim lege 12. tabularum prodigo interdicebatur bonorum administratio, hodie vero non lege, idest, ipso iure, sed per Magistratus administratio prodigis interdici solet. Atqui nihil tale ex supra scriptis verbis colligi potest. Non enim dicit Ulpianus, solent hodie prætores, vel præsides bonis interdicere prodigo, sed solent curatores dare. Non sunt hæc pugnantia, lege interdicitur bonis prodigo, et solent prætores prodigo dare curatorem. Nihil enim prohibet, quominus et lege illi interdicatur bonis, quamvis nullus ei curator datus

datus sit, et tamen si de curatoribus prodigo dandis agatur, permittatur hæc res Magistratui, non legis veteris constitutioni relinquatur. Et certe correctio Ulpiani, cum sit de curatoribus, eam huc referri apparet, non ut mutet, quod prius constitutum lege esse dixerat de bonorum interdictione, sed ut id potius, quod eadem lege cautum erat de curatoribus dandis. Cavebatur autem ea lege, ut furiosi et prodigi, licet minores viginti quinque annis sint, tamen in curatione essent agnatorum, ut est in §. *furiosi*, *Inst. de curat.* Id in curatoribus dicit Ulpianus hodie aliter observari: estque hic sensus, lege 12. tabularum prodigo interdicitur bonorum administratio, sed si de curatoribus prodigo dandis agitur, non dantur hi lege, ut olim, sed prætores, vel præsides dare solent. Hanc vero correctionem ad curatorum dationem tantum, non etiam ad interdictionem bonorum pertinere, ex eo plusquam manifestum est, quod Iustinianus in §. *furiosi*, *Inst. de cur.* hac ipsa correctione utitur, cum prius dixisset ex lege 12. tabularum furiosos, et prodigos esse in curatione agnatorum: *furiosi quoque*, inquit, *et prodigi in curatione sunt agnatorum ex lege 12. tabularum, sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, et in provinciis præsides eis curatores dare.* An hoc sic accipimus, ut debuerint prætores vel præsides eis interdicere bonis, ut priusquam interdixerint, non adimatur his administratio bonorum? nemo dicet: certe prohibet persona furiosi, cui certum est non committi ne hodie quidem bonorum administrationem, etiam si ei nemo Magistratus bonis interdixerit. Idem igitur et in prodigo dicendum est, cum correctio ad furiosos et prodigos ex æquo pertineat. Et cur non ad hanc sententiam Ulpiani probandam ipso eodem Ulpiano auctore utimur? cuius hæc verba leguntur in *fragmentis Inst. tit.* de curatoribus: *Lex 12. tabularum furiosum, item prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.* [1] *Sed a prætore constituitur, quem ipse Prætor voluerit*, videmusne ex huius sententia hanc omnem iuris veteris exæquationem in curatoribus dandis esse, non in bonorum interdictione? Quinimo ex ipsa adeo *L. 1. de cur. fur.* sic recte et certo colligemus: constat lege 12. tabularum bonis interdici prodigo ita ut interdicatur lege ipsa, seu ipso iure sine ulla interdictione Magistratus; hæc pars legis de interdictione bonorum postea mutata non probatur, sed illa tantum quæ fuit de curatoribus prodigi, ut indicat *d. L. 1.* et superiores loci evidenter ostendunt, quapropter etiam nunc eandem interdictionem legis manere necesse est. L. *præcipimus*, *in fi. C. de app.* Movet praeterea alios L. *Iulianus*, *supr. de cur. fur.* quia illic argumentatur Iulianus eos, quibus per prætorem bonis interdictum est, ideo nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta. Ac plerique pro certissimo contrariæ sententiæ argumento id habent. Ego autem quid ad rem pertineat, non animadverto. Quid enim, an quia per prætorem recte interdicitur, ut ea interdictio adimat; alienandi potestatem, ideo consequens est aliter non interdici, quam per prætorem? Ita, inquiunt: alioqui ne quidquam per prætorem interdiceretur. Recte hoc diceretur, si semper interdiceretur ei, qui vere prodigus est, aut eum cui interdicitur, prodigum esse constaret? Nunc autem fieri potest, ut interdicatur per prætorem ei, qui non sit prodigus; hic non temere est, cur quæratur de vi interdictionis. Et Iuliano placuit omissa omni alia quæstione, an sit prodigus, necne is, cui interdictum est, sententiæ Magistratus in re dubia standum esse, et deminutionem bonorum prohiberi. Fieri potest etiam, ut quis vere sit prodigus, ut si de eo constaret, non dubitaretur de iure interdictionis, nunc autem hoc ipsum dubitetur, an sit prodigus, ut hic non ius deficiat; sed probatio, ut scriptum est in re simili in L. *duo sunt*, *supr. de test. tut.* hic quoque non erit supervacua prætoris interdictio, sed potius necessaria, ut sic deinde statuatur hunc pro prodigo esse habendum, qui talis a prætore declaratus est, et deinceps eum bona deminuere non posse. At demus aliquem prodigum esse, deque eo constare; huic cum bonis interdicatur lege, quia est prodigus sufficit ad omnem interdictionem auctoritas legis, nec ad declarandum prodigum esse eum, quem talem esse constet, aut alioqui idonee probari possit, necessaria est Magistratus interdictio. Nos autem de eo agimus quem talem esse probetur etiam ante prætoris interdictionem. Obiiciunt alii etiam nobis formulam interdictionis bonorum, qua olim Prætores, dum bonis interdicebant prodigo, utebantur, quæ exstat in libris *recep. sent. Pauli lib.* 3. *tit.* 4. Sed nihil amplius pro-

[1]) Imo in Goth. editione vocula *sed* abest §. 3. sic incipit: *A prætore constituitur*, etc. Sed nec hæc meæ sententiæ adversantur, qui in hoc Donello consentio.

probatur ex ea, quam etiam a prætoribus prodigo bonis interdici solitum fuisse, quam ad rem illa fuit solemnis formula quam dixi, quod non negamus. Plus etiam dicimus per prætorem non otiose interdici, sive is cui interdicitur, forte plane prodigus non sit, sive de eo dubitetur. Sed hoc adiicimus etiam lege interdici ei, qui vere sit prodigus, eamque interdictionem ad omnem deminuendi prohibitionem satis esse, si aperte doceatur eum, qui quid gessit, cuius factum revocare volumus, fuisse prodigum, quo nihil æquius. Itaque etiam si de legis solius interdictione nihil aperte probaretur: tamen ius retinendum esset propter utilitatem. Nam quomodo bonorum administrationem committamus ei, quem fateamur esse non sanis moribus, et in bonorum administratione ubique furioso comparari; cum ne pupillo quidem, aut adolescenti, licet sint sanæ mentis, eam committamus propter consilii imbecillitatem? cur expectemus interdictionem Magistratus in eo, qui non minus nequitia sua disperditurus sit bona etiam ante interdictionem? aut cur expectemus eam in prodigo, quam in pupillo aut adolescente non expectamus? Hoc vero nulla æquitatis ratio permittere videtur. Nam quod ad æquitatis defensionem in hac re vulgo dicitur, ideo per prætorem debere interdici prodigo, ne fraudentur, qui cum prodigo contracturi sunt, si prodigum fuisse ignorent; eiusmodi est, quod in contrariam sententiam potius valere debeat: certe nunquam tantum valebit, ut eo efficiatur necessariam esse in hac re Magistratus interdictionem. Si ideo necessaria est Magistratus interdictio, ne fraudentur hi, qui cum prodigo contrahunt, convincimus hac ipsa ratione non esse interdictione Magistratus opus, ubi rescisso eo, quod a prodigo gestum est, non est periculum, ne quisquam decipiatur: scilicet quia cessat ratio legis, idest, mens et sententia legis. *L. quod dictum*, *supr. de pact. L.* 3. §. *sed utrum*, *supr. de minor.* At quam multis modis accidit, ne decipiantur hi, qui cum prodigo contrahunt, etiam si deminutio illi sit interdicta, neque tamen quisquam Magistratus interdixerit? Finge eos scire prodigum esse eum, cum quo contrahebant, non fraudantur, qui sciunt, et consentiunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.* Inepte etiam desiderent interdictionem Magistratus, ut sciant fuisse prodigum eum, quem talem esse sine alia admonitione sciebant, non est opus certiorari eos, qui non ignorarunt. L. 1. *in fin. supr. de act. empt.* Finge prodigum rem gessisse cum his, qui eum aut sanæ mentis esse putarent, aut certe prodigum esse ignorarent, sed prodigum his largitum esse de suo. Finge contraxisse eum ex caussa onerosa, sed in contractu ipsum fraudatum esse, non illos, qui cum eo contraxerunt. Nemo dicet, si aut a prodigo male donata revocantur, aut ea in quibus fraudem passus est, irrita sunt ante Magistratus interdictionem, fraudari eos, qui cum eo contraxerunt, quin potius si hæc rata erunt, omnes et fraudari prodigum intelligent, et summam illi fieri iniuriam cogentur fateri, cum homo non sanæ mentis ne consenserit quidem. Quapropter in his caussis saltem, si superiore ratione uti volent, concedent non debere fraudi esse prodigo, quod quid ante interdictionem Magistratus male gesserit. Ego autem aio, [3] etsi hi qui cum prodigo contraxerunt, eum prodigum esse ignorarint, non tamen valere debere in perniciem prodigi ea, quæ gesta sunt, etiam ante interdictionem Magistratus, quamvis futurum sit, ut qui contraxerunt, illis rescissis fraudentur. Primum ipsorum culpa est, si eum prodigum esse ignorarunt, de quo si inquirerent, talem esse comperire potuerunt: qui cum alio contrahit, est, vel esse debet eius conditionis non ignarus, si quidem res quærendo investigari potest. L. *qui cum alio*, *infr. de reg. iur.* Deinde etsi proponantur iustam ignorandi caussam habuisse, non ideo tamen ipsorum caussa servari debet, quod gestum est, si id prodigo noceat. Nam cum in hac re alterutri consulendum sit tantum, aut prodigo, aut ei, qui cum eo contraxit, omnes probabunt æquius esse consuli prodigo, qui præter quam quod damnum patitur, si contractus servatur, etiam hoc habet, quo defendatur, quod homo insanis moribus consensisse non videtur. *L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* Et certe quicunque sunt, quos placuit iure ideo

3) Esto, At ponamus ex. gr. aliquem bona fide rem a prodigo nondum a magistratu declarato, iusto pretio emisse, data illi pecunia et male consumpta. Anne venditio rata erit ut prodigus ad traditionem obligetur? Utique, *L.* 8. *Pro empt.* Neo obstat *L.* 19. *de R. I.* Nam nego nondum sententia declaratum, licet revera sit, esse prodigum quoad iuris effectum. Quid quod Cuiac. 7. *Observ.* 36. *et* Ræ-var. *ibid.* eam regulam ad statum referunt. Nego æquius esse ut indemnis servetur prodigus, quem mali mores incusant, alio quem iusta ignorantia excusat. Nec *ob defectum* sanæ mentis nulla obligatio prodigi, alias nec *ex delicto* oriretur, sed sanorum morum, ex caussa *utilitatis publicæ*: Nego facilius ignorari decretum magistratus. *Etsi enim non* omnes forum frequentant, huiusmodi tamen *res in* vulgus cito disseminatur. Ex factis profusionis *nibil* certi habere, ac inferri potest, uti ex sententia magistratus.

non teneri, quia aut eorum nullus sensus, aut non satis certus et firmus consensus est, quales sunt furiosi, pupilli, minores viginti quinque annis, horum omnium caussa constitutum est, ne teneantur, non aliorum: quia scilicet in his ipsis caussa est, cur non teneantur, non aliis, eoque etiam placet non teneri eos, sive cum eis contraxerint, qui ipsorum conditionem non ignorarent, sive qui ignorarent. *L. ult. C. si min. se maior. dix.* Illud quidem nemo unquam dixit, non ante irritum esse, quod furiosus, quod pupillus, quod minor gesserit, quam si his bonorum administratio sit interdicta. Idem ergo in prodigo iudicandum est, ut cum constitutum sit, ne teneatur, qui sit prodigus, is hoc ipso non teneatur, quia sit prodigus, etiam si cum homine eius conditionem ignorante contraxerit. Quod si eius, qui cum ipso contraxit, scientiam exigemus, eveniet, ut ne tum quidem cum prodigo bonis interdictum erit per Magistratum, irritum sit, quod ipse postea gesserit, si is qui cum eo contraxit, et prodigum esse, et ei interdictum esse bonis ignoravit. Nisi forte quis dicat imputandum esse adversario, si Magistratus interdictionem intervenisse ignoravit, non etiam si ignoravit esse prodigum. Quod non ita est; neque enim sententiæ et interdictiones Magistratus, quæ inter privatos interponuntur, statim omnibus innotescunt, non magis, quam illud, an quis sit prodigus: quia utrumque ad privatos pariter pertinet; eoque pariter licet aliis sine vitio ignorare, quia in rebus alienis curiosos nos esse non decet. L. *doli, in fin. infr. de novat.* Plus dico: si is fuit prodigus, de quo agimus, idest, quem constaret palam esse prodigum, et quem ideo talem esse probari posset, facilius fuerit de eo inquirenti reperire hunc prodigum, quam quærenti de interdictione Magistratus cognoscere, an hæc intervenerit; quoniam non omnes forum frequentant, aut intersunt in iure, cum Magistratus interdicit, quomodo autem se prodigus gerat, quia palam talis est, omnes melius scire possunt. At nemo adhuc inventus est, qui diceret, cum prodigo bonis interdictum est per prætorem, sic interdictionem aliorum caussa esse interpositam, ut nisi illi scirent interdictum esse bonis prodigo, valeret, quod cum prodigo gestum est, nec iusta ignorantia aliis noceret: sed placuit ei, cui bonis interdictum est, interdictam esse bonorum deminutionem, sive quis id sciat factum, sive ignoret. *d. L. Iulianus, supr. de cur. fur.* Quare probandum est etiam ante interdictionem Magistratus, in his, qui cum prodigo quid gesserunt, non debere efficere iustam eorum ignorantiam, quominus quæ gesta sunt, irrita sint, si is cum quo negotium gestum est, vere prodigus fuerit; postquam quæcunque hic est interdictio, ea non aliorum, sed prodigi caussa introducta est. † Quod 11 ergo scriptum est apud Iustinianum in §. *item prodigus, Inst.* quib. non est per fac. test. *item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest*: hæc verba, *cui bonis interdictum est*, non distinctionis caussa addita sunt, quasi sint aliqui prodigi, quibus bonorum administratio interdicitur, alii quibus non interdicitur; sed declarationis et rationis loco, ut sit sensus, prodigus, ut cui bonorum suorum administratio interdicta est, vel, quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; quod autem sequitur ibidem, *sed id quod ante fecerit, quam inderdictio bonorum ei fiat, ratum est*, sic interpretandum est; sed id quod ante fecit prodigus, idest, is qui nunc prodigus est, et cui ob id est bonis interdictum, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret bonorum interdictio, idest, quam vere esset prodigus, ratum est; nam profecto ante interdictionem non est prodigus; cum simul atque quis prodigus esse cœpit, hoc ipso ei bonis interdicatur lege. Eodem plane modo et sensu in §. *furiosi*; præcedente dictum est, testamentum quod furiosi ante furorem fecerint, valere, ubi manifestum est furiosos dici eos, qui nunc furiori sunt: nam certe ante furorem furiosi nec esse, nec dici potuerunt. His abunde demonstratum puto, prodigo hoc ipso, quod prodigus est, bonis interdici idque ipsum lege fieri seu ipso iure, nec necessariam esse ad eam rem Magistratus interdictionem: dummodo id fiat, quod in omni iudicio ab eo, qui quid intendit, exigitur, ut quid prodigum esse intendet, quo res ab eo gestæ improbentur, id probet. Sed non est necessaria hæc probatio ei, qui Magistratus interdictionen proferet, quæ tanquam prodigo facta sit: quia, ut supra dixi, in re dubia eam vim habeat hæc interdictio, ut cui bonis interdictum est, ei non minus adimatur bonorum administratio, quam si vere prodigum esse constaret, et hactenus hanc interdictionem utilem esse docuimus. Quæ si vera sunt, et iam summatim dicendum est, recte dicturi sumus his verbis, *is cui bonis interdictum est*, duos contineri; prodigum hoc ipso, quod prodigus est, cui

lege

lege ipsa satis interdicitur; item eum, cui tanquam prodigo bonis interdictum est a Magistratu quamdiu de sanis eius moribus vel receptis, vel non amissis nihil aperte
12 doceatur. † Hoc de persona eius, cui bonis interdictum volumus, constituto, de vi et potestate huius interdictionis quæsitum est. Et sciendum est de vi et significatione verborum (quando plerisque in locis dicitur prodigo bonis interdici, ut hic, et *d. L. Iulianus*, *L. pen.* §. 1. *supr. de cur. fur. L. is cui*, *supr. qui test. fa. poss.*) interdicere bonis idem valere, quod interdicere bonorum administratione, unde alibi dicitur prodigis administratio bonorum esse interdicta. *L.* 1. *supr. de cur. fur.* et *d.* §. *item prodigus*, *Inst. quib. non est per. fac. test.* Quæ res facit, non ut ne sint domini bonorum, qui prius fuerant (nam ne furiosi quidem domini esse desinunt) sed ut ne ea administrare possit pro suis, non magis quam furiosus. *d. L. his qui*, §. *ult. supr. de tut. et cur.* Hinc duo quæsita: unum, an usque eo producenda sit ea interdictio, ut ne acquirere quidem sibi possit prodigus, et meliorem conditionem suam facere; alterum, an ita prohibeatur obligari, et deteriorem facere conditionem in bonorum administratione, ut si velit obli-
13 gari, ne naturaliter quidem obligetur. † Prius exigere videbatur exemplum furiosi; nam ut furiosus de bonis quidquam alienare, aut obligari non potest; sic nec acquirere. Denique furiosus, quia mente caret, nullum negotium recte gerit. *L. in negotiis*, *infr. de reg. iur.* §. *furiosus*, *Inst. de inut. stip.* Prodigus autem ubique comparatur furioso. *L.* 1. *supr. de cur. fur.* §. *furiosi*, *Inst. de cur.* Quinimo diserte scriptum est in *L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* furiosi, et eius, cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem, quod si verum est, non magis contrahere prodigus poterit, quam furiosus. Nullus enim contractus est sine consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Posterius videtur repudiare exemplum pupilli; nam cum hoc in acquirendo comparatur prodigus, ut mox dicemus; quidni igitur et in deminuendo, promittendove? Iam vero pupillus etsi ita bona administrare non potest, ut deteriorem conditionem suam faciat sine tutoris auctoritate; attamen si contrahit, placet eum saltem naturaliter obligari, certe eius obligationi recte accedere fideiussorem. *L. ult. supr. de iureiur. L. si pupillus*, *infr. eod.* Ac de utroque res hic breviter definitur ab Ulpiano, prius autem de acquirendo. Is cui bonis interdictum est, inquit, stipulando sibi acquirit. Quod de stipulatione dicit, exempli caussa dictum est, ac nihilominus in aliis caussis similibus omnibus ex quibus de acquirendo agitur, idem observandum est. arg. in *L. penult.* §. *ult. supr. de iur. et fac. ign.* *L.* 1. §. *quod vulgo*, *supr. unde vi. L. illud*, *supr. ad leg. Aq.* Ergo prodigus, et accipiendo, et stipudo, et alio quovis modo contrahendo meliorem conditionem suam facere, et bona augere potest: in hoc plane similis non furioso, sed pupillo, quem traditum est obligari quidem ex omni contractu sine tutoris auctoritate non posse, acquirere autem sibi stipulando, et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate posse; *L. obligari*, *sup. de auct. tut.* aliter, atque furiosum, quem constat neque promittendo posse obligari, neque stipulando quidquam acquirere, ut supra dixi. Et hoc est, quod Iulianus scripsit, cum per prætorem bonis interdicitur, hac interdictione translationem, et deminutionem bonorum videri interdictam; *d. L. Iulianus*, *de cur. fur.* nempe hanc solam, nihil amplius. Neque id interdictionis verbis adversatur. Interdicitur quidem prodigis simpliciter, et in totum bonorum administratio. *L.* 1. *supr. de cur. fur.* §. *item prodigus*, *Inst. quib. non est per. fac. test.* Sed qui sibi acquirit, negotium et rem suam gerere dici potest: bona administrare dici non potest. Is enim administrat bona sua, qui ea, quæ iam sunt eius, administrat, non etiam qui sua non attingens tantum aliena adiicit; quod fit acquirendo. Et ut quis forte dicat eum, qui sibi acquirit, bona administrare videri, ideoque administratione bonorum interdicta, etiam bonorum acquisitionem secundum verba esse interdictam: tamen manifestum est ex legis saltem, aut prætoris sententia acquisitionem bonorum ea interdictione non contineri. Quidquid enim hic constitutum est, ut bonis interdicatur prodigo, prodigorum caussa constitutum est, ut his consulatur. *d. L. his qui*, §. *ult. supr. de tut. et cur.* Quod si etiam ea interdictione id efficietur, ne acquirere possint, eveniet, ut quod ipsorum favore interductum est, id convertatur in eorum perniciem; quod nulla iuris ratio patitur. *L. nulla*, *supr. de legib. L. quod favore*, *C. eod.* Et quod de ætate in minoribus scriptum est in *L. non eo minus*, *C. de proc.* id de morbo animi in prodigo recte licebit usurpare: prodigis morbus animi in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse debet. Sed esto, interdictio bonorum administrationis acquirendi, et

et rei bene gerendæ facultatem prodigo non adimat: at an non saltem illud satis adimit quod dicitur in regula iuris, furiosi, et eius cui bonis interdictum est, nullam voluntatem esse? *L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* nam profecto si utriusque pariter nulla voluntas est, cum sine voluntate et consensu nihil acquiri, aut contrahi possit, non magis acquirere sibi prodigus poterit, quam furiosus, hanc quidem nec stipulari sibi, nec sibi quidquam gerere posse convenit. *d.* §. *furiosus*, *Inst. de inut. stip. d. L. in negotiis*, *infr. de reg. iur.* Et si quidem nulla prodigi voluntas esset, ne in acquirendo quidem, fateremur non magis eum sibi acquirere posse stipulando, quam po-
14 test furiosus ob eandem caussam. † Nunc autem quod dicitur, eius cui bonis interdictum est, nullam voluntatem esse, sic accipiendum est, ut ne sit, quatenus ei interdictum est, idest, quatenus est prodigus, non ultra; scilicet ut interdictio modum illius facultati et voluntati faciat. Non enim prodigi nulla voluntas est natura, sed existimatur nulla esse, quatenus est prodigus: utpote hactenus in bonis furiosum faciens exitum, ut est in *d. L. his qui.* §. *ult. de tut. et cur.* Porro cum prodigus quid acquirit, non facit id tanquam prodigus, et is cui bonis interdictum est, sed tanquam bonus paterfam. cui in rebus gerendis bonis interdici non solet; itaque hactenus ideo velle prodigus intelligitur, quia recte vult, et salubriter, et hominum sanorum more: hæc de acquirendo. Tradere vero, inquit Ulpianus, non potest, vel promittendo obligari: et in summa deminuere non potest, quasi in bonis non habeat, ut traditur in dicta *L. Iulianus*, *supr. de cur. fur.* Ex quo est, ut ne testamentum quidem facere possit prodigus. *Inst. quib. non est per. fac. test.* adeo ad omnem alienationem hæc in-
15 terdictio pertinet. † Sed illud obligari quomodo accipimus; an ut civiliter obligari non possit, at possit naturaliter; an vero ut nullo modo, ne naturaliter quidem? Et indicat in eo, quid sentiat, cum de fideiussore ita subiicit: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Cum hoc dicit, negat eum etiam natura obligari. Nam si quo modo obligaretur, etiam naturaliter, recte pro eo fideiussor interveniret. *L. 1. L. fideiussor*, §. *fideiussor*, *infr. de fid.* Sed cur non hac quoque in parte prodigum pupillo comparamus, ut et cum de acquirendo agitur? quod si faceremus, utique et prodigi obligationi recte fideiussor accederet, ut recte accedere constat, cum pupillus quid promisit sine tutoris auctoritate, ut supra ostendi. Cum de acquirendo agitur, prodigum pupillo similem facimus: quippe quem volumus etiam sine cuiusquam auctoritate meliorem conditionem suam facere posse itidem, ut pupillum: quod in furiosum non cadit. Cum autem agitur de diminuendis bonis, invertimus comparationem, et prodigum iam non pupillo similem esse placet, sed furioso: ut quemadmodum hic promittendo nullo iure obligatur, ac ne natura quidem, sic nec obligetur prodigus. Cur hæc tam varie? quia sane, ut iam dixi, prodigus, et is cui bonis interdictum est, quatenus talis est; ubique pro furioso habetur, ut qui quod ad bona attinet, furiosum faciat exitum. Sed non omni in re, qui prodigus est, pro prodigo habetur; certe non habetur tunc, cum meliorem conditionem suam facit, in eo enim non prodigi, sed sani hominis, et boni patrisfam. officio fungitur; opinione autem prodigi detracta, et eius cui bonis interdictum est, nihilominus, quam cæteri, velle creditur, quapropter et cæterorum exemplo, non pupilli tantum, sibi recte acquirit. At tunc habetur pro prodigo, cum bona deminuit, hic enim metuimus, ne eodem animi morbo ad alienationem accedat, quo morbo prius factum est, ut inter prodigos, idest, insanos, et furiosos rerum suarum dissipatores haberetur. Eo fit, ut in hac deminutione furioso comparatus, quemadmodum furiosi nulla voluntas est, sic et ipse nulla voluntate præditus esse existimetur. *d. L. furiosi*, *de reg. iur.* Cui iam consequens est, ut nec natura obligetur, uti nec furiosus: proinde nec fideiussor obligetur pro eo, sicut nec pro furioso. Sunt, qui huic sententiæ de fideiussore contrariam putent *L. Marcellus*, *infr. de fid.* non recte, ut ex verbis apparet. † 16
Illic scriptum est fideiussorem pro pupillo, prodigo, furioso obligari, sed adiicitur, *obligato*. Multis modis fit, ut pupillus sine tutoris auctoritate obligetur; ut si quis negotium eius utiliter gesserit; si quid ipse deliquerit; si is obligato heres exstiterit. *L. furiosus*, *supr. prox. tit. L. impuberem*, *infr. de fur.* Hoc amplius et prodigus, ac furiosus eo nomine obligantur, si quid, cum sanæ mentis essent, contraxerint. §. *furiosi*, *Inst. quib. non est per. fa. test.* Pro his ita obligatis si quis ipsorum mandatu fideiusserit, quidni obligetur, cum et voluerit obligari, et obligationi non naturali tantum, sed etiam civili accesserit? quod cum sit, toties fideiussorem obligari certum est. *L. fideiussor*, §. *fideiussor*, *infr. de fid.* At fideiussori isti in hac caussa non com-

competit mandati actio adversus eos, pro quibus fideiussit, ut nisi illi locupletiores facti sint, necesse sit fideiussori solventi rem perire. Num ergo saltem ob hanc caussam fideiussori succurretur? Negat Marcellus ideo subveniendum in *d. L. Marcellus.* Et in summa nihil amplius illic dicitur, quam fideiussorem pro pupillo, prodigo, furioso obligato acceptum omni modo obligari, sive rem ab ipsis, pro quibus fideiussit, servare possit, sive non possit. Quid hoc loco? fideiussorem nimirum dicimus pro prodigo non obligato acceptum non teneri, inter quæ optime convenit. Imo vero priore admisso, etiam posterius statui oportuit. Quid multis? statuitur his duobus locis coniunctis ea distinctio de prodigi fideiussore, quæ uno eodemque in loco tradita est a Caio de fideiussore furiosi in *L. si a reo, si a furioso, infr. de fid.* ut lecto eo loco nemo possit de istorum duorum, quos dixi, consensu dubitare.

Ad L. Impossibilis. 7.

Idem lib. VI. ad Sabinum.

Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur stipulationibus obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, *Si in cœlum non ascenderit*: nam utilis et præsens est, et pecuniam creditam continet.

S U M M A R I A.

1. *Valeat stipulatio, necne, unde æstimandum.*
2. *Ob consensus defectum, quomodo non teneat stipulatio.*
3. *Impossibilis conditio cur obstet contractibus.*
4. *Cur non in contractibus sic accipiatur conditio impossibilis, quasi adiecta non esset, aut certe ita, ne noceat, ut in institutionibus, et legatis ius est, et rei impossibilis natura, et recepta in stipulationibus obscuris interpretatio exigere videtur.*
5. *Unde dissimilitudo voluntatis contrahentium et testatoris in impossibilis conditionis interpretatione coniiciatur.*
6. *De impossibili conditione in non faciendum concepta.*
7. *Quomodo stipulatio, quæ conditionem insertam habet, præsens appelletur.*
8. *Quo sensu stipulatio, in qua est negativa conditio, utilis dicatur.*

Multis modis accidit, ut stipulatio sit inutilis; ex quo genere est ea, quæ hic proponitur. Sed cum sint variæ huius generis ac prope infinitæ, nihil agitur exemplis, nisi res ex illa incertitudine, et tanquam infinitate ad certa genera revocatur, ex quibus et quæ sint illæ, et quot sint, ac quamobrem sint tales, co-
1 gnoscamus. † Et de omnibus hæc in universum perceptio est: an valeat stipulatio, necne, ex iis caussis æstimandum esse, quibus stipulationem constare in definitione stipulationis diximus. Nam in quibus hæ caussæ omnes concurrent, eæ iustæ sunt, proinde utiles: in quibus autem una aliqua earum caussarum deest, totidem de caussis efficitur, ut sint inutiles. Ac de forma et conceptione verborum stipulationis dictum est ad *L. 1. supr.* De rebus ac materia stipulationis, item de eius fine dicetur alias illis locis, quos de his caussis in explicatione definitionis su-
2 pra notavimus. † A consensu est, cur non valeat, aut certe non teneat stipulatio, non solum, cum nullus est sensus eorum, qui inter se contrahunt, aut omnium, aut unius duntaxat; sed etiam cum inter intelligentes promittetur quid certa conditione, idest, ita, si quid factum sit, aut non sit, neque ea conditio exstitit. Quidquid enim ita promittitur, perinde est, quasi ita promissum esset; si id evenerit, dabo: si non evenerit, non dabo, non promitto, non spondeo. *L. quibus, §. quidam Titio, sup. de cond. et dem.* Et ideo cum quid promissum est sub conditione, placet priusquam exstiterit conditio, adeo ex stipulatione nihil deberi, ut neque venerit obligationis dies, neque cesserit. *§. sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* † Hinc fieri, ut si defecerit, itaque 3
constet amplius conditionem exsistere non posse, nihil videatur actum aut promissum esse. Idem ergo et tum maxime evenire necesse est, cum stipulatio concepta est sub impossibili conditione: veluti, si in cœlum ascen-

ascendero, dabis? certum est enim iam nunc statim defecisse eam; quæ natura exsistere non possit: sic definitur conditio impossibilis. §. *si impossibilis*, *Inst. eod.* Hinc illa veterum de hac specie recepta sententia, quæ traditur in *d.* §. *si impossibilis*, et hoc loco, si impossibilis conditio stipulationi adiecta sit, stipulationem nullius esse momenti: quippe obstare stipulationi conditionem impossibilem. Sed cur obstat? propter consensum videlicet: quoniam illa sic adiecta est, ut placeret nihil, nisi ex eventu huius conditionis deberi: nemo autem ignorat nunquam per rerum naturam evenire posse, ut stipulator in cœlum ascendat. Et quod de stipulatione hic dicitur, exempli caussa positum est: non enim minus in omnibus contractibus sub impossibili conditione factis idem valet. *L. non solum*, *supr. prox. tit.* Nam nec in his quidquam debetur, nisi ex consensu et conventione. Hanc definitionem interpretari videtur hoc loco Ulpianus, cum illud adiicit: *cum in faciendo concipitur*; *aliter atque*, et quæ sequuntur. Est vero et in regula ipsa, et in eius explicatione, quod animadvertatur; quæ quam brevissime poterit, diluemus. Ipsum hoc ius de conditione impossibili primum dubitationem habere potest, quasi aut non recte constitutum, aut etiam aliis partibus iuris contra-
4 rium. † Nam cur non sic accipitur conditio impossibilis, quasi adiecta non esset, aut certe ita, ne noceat? hoc vero et rei impossibilis natura exigere videtur, et recepta in stipulationibus obscuris interpretatio, et quod omnium maxime obstat, exemplum institutionis, et legatorum, quibus testator impossibilem conditionem adscripsit. Rei impossibilis natura hæc est, ut si fieri non potest, quod in conditione est, non debeat exigi a stipulatore, ut faciat, nec si id non fiat, id cuiquam fraudi esse debeat. *L. impossibilium*, *infr. de regul. iur.* Interpretatio stipulationis ambiguæ hæc recepta est, ut iubeatur id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat, *L. quoties in* 80. *infra*, *L. quoties in actionibus*, *L. ubi*, *supr. de reb. dub.* Potius igitur ea interpretatio capienda, ut conditio pro non adiecta habeatur, quam ut contrahentes hac retenta nihil agere voluisse existimentur. Postremo hæc sententia confirmata est exemplo institutionis et legatorum, eorumque omnium, quæ testamento relinquuntur. In quibus placuit omnes omnis generis impossibiles conditiones adscriptas pro non scriptis haberi, et perinde ac si conditio hereditati, sive legato adiecta non esset, ita hereditatem legatumve capi. *L.* 3. *supr. de cond. et dem. L.* 1. *L. conditiones contra*, *supr. de cond. inst.* §. *impossibilis*, *Inst. de her. inst.* Quibus effici videtur, aut non recte aliud constitutum esse in stipulationibus, aut certe legata a stipulationibus separari non debuisse. De his vero sic breviter habendum puto, ac primum de natura rei impossibilis. Si quis stipulatus sit fundum, si in cœlum ascenderit, non exigitur ab eo, fateor, ut in cœlum ascendat, ut nisi ascenderit, quidquam amittat, et hac veluti impotentiæ suæ pœna afficiatur. Sed ut eo nomine quidquam creditor non præstat; sic non debet petere, ut quia nihil implevit, ideo ex stipulatione aliquid consequatur: non quia imputetur ei, quod rem impossibilem non faciat; sed quia id actum est, ne alia conditione quid deberetur, quam si in cœlum ascenderet; nec vero ex consensu quidquam deberi potest præter conventionem. Quod de interpretatione ambiguæ orationis dicitur, ad hanc speciem stipulationis non pertinet, in qua non ambigue aut obscure, sed aperte conditio impossibilis inserta est: ex qua, si verba sequimur, manifestum est hoc sensisse contrahentes, ne quid nisi hac conditione deberetur. Quod de impossibili conditione aliud traditum est in testamentis, agnoscunt omnes plusculum difficultatis habere. Et sane tale esse videtur prima ratione, ut nec in testamentis recipi debuerit. Nec vero dubium est, quin initio cum de impossibili conditione testamento ascripta quæri cœptum est, quid valeret, veterum plerique quod de contractibus placebat, ut hi impossibili conditione adiecta nullius momenti essent, idem et in legatis et supremis voluntatibus omnibus probandum putarent, aliis dissentientibus: quorum concertationes bene a plerisque notatæ sunt ex eo, quod dicitur obtinuisse tandem conditiones impossibiles testamento ascriptas pro nullis haberi. *L.* 3. *supr. de cond. et dem.* Quidni vero de eo ambigerent veteres? Quid enim, an conditio in testamentis frustra adiicitur, neque adiecta expectanda est; in contractibus adiicitur non frustra? Imo utrobique adiectæ conditiones ex voluntate testatorum et contrahentium eandem vim habent, et quidem in testamentis maxime. *L.* 1. *L. in conditionibus*, *supr. de cond. et dem.* An vero conditio impossibilis, conditio non est? Si non esset, stipulationibus et contractibus non obstaret, sed conditionem esse manifestum est. An ergo po-

potius impossibilis conditio ubique conditio est, et ubique eandem vim habet, si inest; sed in testamento adiecta pro non scripta habetur, ne institutioni aut legato noceat; in contractibus autem retinetur, quo facto non potest, quin vim suam exerceat? Et hoc quidem de conditione impossibili constanter traditum est, hanc in testamento pro scripta non haberi: dicto §. *impossibilis*, *Inst. de her. inst. L. conditiones quæ*, *L. conditiones contra*, *supr. de cond. inst. L.* 6. *in fin. supr. de cond. et dem.* in testamento, inquam, ut intelligeremus contra fieri in contractibus. Sed hoc multo, quam superiora absurdius dici videtur. Quæritur enim amplius, si conditio impossibilis iudicio testatoris adiecta est, ut esse constat, quando ipse, aut eam adscripsit, aut excipienti dictavit, cur contra eius voluntatem detrahatur potius, quam in contractibus, contra contrahentium voluntatem; quod quidem præpostere fieri videtur: cum testantium voluntates eiusmodi sint, quas præter cæteras maxime servari oporteat; *L. vel negare*, *supr. quem test. ap.* et inter res alias testamenti dicitur præcipue voluntas regere conditiones. *L. in conditionibus*, *supr. de cond. et dem.* Et non est dubium, quin totius huius rei diiudicatio huc redeat, ut quæratur de voluntate testatoris, et contrahentium, atque ita statuatur ideo in contractibus conditionem impossibilem obstare obligationi, quia non sic adiecta sit a contrahentibus, ut vellent eam detrahi, seu otiose adiici: in testamentis autem ideo eam reiici: quia sit hæc mens et sententia testatoris, ne noceat legato vel institutioni: ac quidquid præterea ad explicandam huius differentiæ rationem allatum erit, nullo negotio reprehendetur. Quid enim dicemus, favore ultimæ voluntatis constitutum esse in testamentis, ut conditiones impossibiles pro non scriptis habeantur, ut vulgo interpretes facere scimus? At si testator conditionem impossibilem pro scripta haberi noluit, nullus hic est eius voluntatis singularis favor, si ei voluntati paremus, quod non minus in cæteris omnibus, quæ ab eo constituta sunt, faceremus, in conditionibus præsertim testamentorum, in quibus maxime traditur voluntatem magis, quam verba considerari oportere. *L. pater*, *in prin. et §. conditionum*, *supr. de cond. et dem.* Si non frustra conditionem adiecit, sed ideo, quia eam legato aut institutioni iniici voluit; si hanc reiicimus, non iam favemus voluntati testatoris, sed aperte eam oppugnamus. Quid, si dicemus, quod a plerisque doctis hominibus hic afferri video, ideo conditionem impossibilem non nocere heredi aut legatario, quia his hereditatem legatumve petentibus nihil sit, quod obiiciatur, cur conditionem passi sint adiici, cum ea a testatore ipsis insciis, aut etiam invitis sit adiecta: diversam esse caussam creditoris, qui petat adversus eam conditionem, non solum quam adiici sit passus, sed etiam quam ipse stipulando conceperit? Si attendemus, facile videbimus nihil hoc ad defensionem istius iuris facere. Esto enim, voluntate aut culpa heredis legatariive factum non sit, ut conditio impossibilis adiiceretur institutioni, vel legato: quid hoc ad obtinendam hereditatem aut pertinet, si testator eos consequi noluit? Male cum de hereditate et legato agitur, ius istarum rerum spectatur ex persona eorum, qui ea petunt, aut a quibus petuntur, quorum a voluntate non pendent; non autem ex voluntate et iudicio testatoris, a quo proficiscuntur. Si hæc ille iudicio suo detulit, delata erunt omnino, et si volente herede aut legatario conditio impossiblis adiecta fuerit: si noluit deferri, nisi ex impossibili conditione, idest, si plane noluit, non debebuntur contra voluntatem, ne si invitis quidem et repugnantibus heredibus aut legatariis conditio impossibilis testamento adscripta fuerit. Quippe totum in testamento voluntas testatoris facit, nec sine ea quidquam inde deberi potest. *L. ex facto*, §. *rerum*, *supr. de her. inst. L.* 12. *in fin. supr. de leg.* 1. Proinde illuc redeo, quod supra posui, de voluntate testatoris hic omnem esse quæstionem, ut in contractibus de voluntate contrahentium ac præcipue debitoris. Atque ita se res habet, ut in contractibus adiecta impossibili conditione hæc putetur esse mens contrahentium, ut servetur conditio: quo fit etiam, ut nihil actum intelligatur. *L. non solum*, *supr. prox. tit.* In suprema autem voluntate cum testator eandem conditionem adiecit, non existimetur tamen quamvis eadem scriptura iisdemque verbis hoc voluisse, ut conditio observetur, et voluntati obstet. Difficile quidem fuit hoc efficere ab initio, ut omnibus probaretur, quia non omnes hoc discrimen voluntatis in eodem scripto perspiciunt: sed tamen tandem obtinuit, ut dicitur in *d. L.* 3. *supr. de cond. et dem.*
† Sed unde in simili scripto hanc dissi- 5
militudinem voluntatis coniicimus? Non utique ex verbis, quæ utrobique eadem, et quidem minime ambigua aut obscura ean-

dem

dem voluntatis interpretationem exigere videbantur, unde veterum dubitatio: sed ex adiunctis earum præstationum, quæ sunt ex testamento aut ex contractu: quibus adiunctis varie afficiuntur testator, et debitor; ille, ut omnino velit præstari, quod defert; hic ut velit quoad licet, nihil deberi. Qui legat siquidem serio id facit, et vult aliquid deberi, necesse est, velit conditionem impossibilem a se ascriptam pro supervacua haberi; quia hac servata futurum sit, ut inutiliter legaverit. At in hanc partem omnia concurrunt, ut existimari debeat testator non frustra legare voluisse. Primum legatum omne testamenti est, et supremæ voluntatis. Incredibile est, testatorem in re omnium maxime seria, et ea voluntate, post quam aliud velle non potest, præsertim quæ ex illius solius arbitrio non alterius consensu instituitur; incredibile, inquam, est illum in ea voluntate voluisse ludere: ludit autem, si legatum sub impossibili conditione, quod tamen præstari nolit: quanto melius et citius id poterat consequi tacendo? Deinde videndum, quid conferatur legato, inest in eo videlicet donatio et liberalitas: non est liberalitatis, verborum apices sequi, et verbis illudere ei, cui bene consultum velis. Illud ne boni quidem viri, simulare te alteri bene consultum, velle ubi re ipsa aliud sentias. Postremo nisi periculum sit, ne legatum sub conditione impossibili relictum, si utile sit, testatori noceat, aut eum oneret, non est, quod putemus eum ulla re prohiberi, quominus legatum velit exitum habere: non enim prohibetur conditione: quia hæc ab illo nata est, et fuit in eius potestate eam non addere: non persona legatarii deterretur; alioqui nihil omnino ei legasset neque pure, neque sub conditione: denique eum nec nominasset. Atqui si de incommodo, aut onere testatoris quæritur, tantum abest, ut si dixerimus impossibili conditione ascripta legatum valere, ea res testatori noceat, ut intersit eius potius id ratum haberi: quo enim ad plures liberalitas eius pervenerit, eo caritatis eius, aut munificentiæ maior laus erit, eo plures etiam sibi, aut heredibus suis amicos conciliaverit. Atque id cum faciet, faciet sine ullo onere, aut incommodo suo. Nam si voluntas displicet, licet eam cum vult mutare: si in ea perseverat, et legatum debetur, nihilo tamen obligatur magis, sed heredes, ad quos mortuo testatore id onus pertinet. Neque hi porro se onerari moleste ferre debent, cum id prius acceperint, in quo onerantur: cavet enim testator de re sua, neque aliter voluntas eius rata est. *L. verbis, infr. de verb. sig.* Cum hæc sint in iudicio et voluntate testatoris, nempe hanc sequi debemus omissis verbis: cum, ut dixi, in testamentis, maxime autem in conditionibus testamentorum id observetur, ut voluntatem potius, quam verba considerare oporteat. *d. L. pater, in prin. et §. conditionum, supr. de cond. et dem.* Iam vero cum quod sub impossibili conditione legatum est, ex sententia testatoris aliter deberi non possit, quam si conditionem pro non adiecta accipiamus, nequid obstet legato: consequens est, ut hanc quoque sententiam sequi debeamus. Hoc loco de voluntate testatoris nobis occurritur. Servandam hanc esse omnes consentiunt. Sed si de ea agitur, cur non potius ex adiectione conditionis impossibilis colligimus testatorem nihil deberi voluisse? cur enim adiecit conditionem? haud dubie, quia adiectam voluit: nam, ut recte Tubero, non intelligitur quisquam dicere, quod non sentiat. *L. Labeo, illic: id Tubero, supra, de supel. leg.* Quod si voluit adiectam, conficitur ex huius ipsius voluntate eam manere debere; et quia illa existere non potest, proinde ex hac ipsa voluntate nihil actum videri. Et certe hoc diceremus, si nihil amplius proponeretur in hoc legato de voluntate testatoris. Nunc cum in contrariam partem in eodem legato id occurrat, quod testator legaverit, ex quo rursum colligitur id eum frustra facere noluisse: in contrariis voluntatis coniecturis non aliud habemus, quod sequamur, quam quod est verisimilius sensisse testatorem. *L. cum in testamento, supr. de reb. dub.* Id autem verisimilius, quod humanius, quod voluntati testatoris convenientius; *d. L. cum in testamento, L. si fuerit, §. ult. infr. de reb. dub.* hoc humanius, et magis ex eius sensu legatum sic accipi, ut valeat potius, quam intercidat; *L. cogi, in princ. supr. ad Treb. L. ub. supr. de reb. dub.* idque supra satis probavimus. Proinde hoc quoque reiecta impossibili conditione tamquam supervacua accipere debemus. At enim si legatum valet, cogimur admittere, a testatore aliquid inutiliter scriptum esse. Non est hoc incommodum, si est ex voluntate testatoris; quod si quis incommodum esse putat, et hoc veritus existimat conditionem impossibilem, quæ adscripta est, retinendam, cogitet hoc argumento potius effici, ut legatum valere debeat reiecta conditione. Etenim legato servato fit, ut conditio tantum adscripta

sit

sit inutiliter: conditione autem retenta fit, ut utrumque, et conditio et legatum; cum legato inutiliter relicto perinde sit, quasi nihil scriptum esset. Quapropter vel hac ipsa ratione maxime legatum est retinendum, ne in voluntatis quæstione, dum unum incommodum effugere volumus, pro uno duo suscipere cogamur. Ergo lusit testator, dicet aliquis, impossibilem conditionem adiiciendo. Luserit sane in eo, dum in eo, quod proprie eius iudicii est, et propter quod de conditione quæritur, idest, in legato non luserit: nam illud multo est tolerabilius admittere; et quid tam mirum est; si testator metum incutere voluit legatario, rem impossibilem ab eo exigendo, ut sic in eum iocaretur? Quanquam multis modis accidere potest, ne ioci caussa testator conditionem adiecerit, et tamen nolit eum legato nocere. Quid enim si illi error aliquis obrepserit, ut non putaret impossibilem, quæ erat? quid, si voluit legandi voluntatem dissimulare, impossibilem conditionem iniiciendo, ut spem faceret imperitis heredibus suis legatum non serio relinqui, nec iure deberi, quo facilius hereditatem instituti adirent, aut cognati item imperiti minus moleste ferrent alium esse institutum, quem non putarent heredem futurum? Quæ cum in iudicio testatoris esse possint, nihil fit absurde, si id accipitur, quod natura evenire potest. Hæc de voluntate et sententia testatoris, conditione impossibili testamento adscripta: quibus evincitur recte obtinuisse et ex testatoris sententia, ut conditiones impossibiles testamento adscriptæ pro nullis haberentur. Debitoris autem, et eius qui sub impossibili conditione quid promisit, de quo nunc quæritur, ut in præstatione et obligatione valde dissimili longe alia mens et cogitatio est; certe iustis de caussis alia esse existimata est: cui cum verba stipulationis conveniant, omnia concurrunt, ut hac conditione adiecta nihil debeat, eoque nihil actum intelligatur. Nam ut omittam cætera, unum hoc ad arguendam promissoris voluntatem abunde sufficit, quod in stipulatione, omnique contractu de obligando ipso promissore agitur, ac si conditionem impossibilem, sub qua quid promisit, pro nulla habeas, futurum sit, ut statim obligetur, et rem promissam debeat ipse, non alius. Ita omnes homines affecti esse creduntur, ut quoniam sibi bene consultum volunt, non temere velint iactare suum, eoque nec unquam, nisi quid necesse sit, obligationem in se suscipere, qua fiat, ut de suo postea dependere cogantur, arg. in *L. cum de indebito*, §. *sin autem*, *supr. de prob.* Proinde nisi quid aperte probetur id actum esse, ut qui promisit, obligetur, non est existimandus quisquam hoc animo esse, ut obligetur, eoque nec tenebitur. At re sub impossibili conditione promissa, tantum abest, ut sit aliquid in conceptione stipulationis, quo probetur promissorem detracta conditione obligari velle, ut potius conditionis verbis hoc efficiatur, ne obligetur. Vis hæc est, ut initio dixi, conditionis, ut ea adiecta, nisi exstiterit, nihil debeatur. Cumque eam conditionem adiecerit initio promissor, eaque adiectione lex stipulationi dicta sit, qua ipse sibi caverit: aperte iniquum est legem et cautionem illi quæsitam invito auferri, quæ si creditori quæsita esset, nec illi quidem auferri posset. *L. vero*, *infr. de sol.* *L. habere*, *supr. de evict.* Nec ad rem pertinet, quod creditoris forte alius sit sensus, qui vicissim hoc semper agere intelligitur, ut sibi acquirat. Non enim si millies dixerit se conditionem impossibilem pro nulla habuisse, fides unquam ei habebitur, cum factum eum refellat, ut qui volens eam conditionem adiecerit. Denique obligatio non ex eius æstimatione penditur, sed ex verbis, quæ si etiam ambigua sint, adversus eum interpretamur, ut cuius in potestate fuerit verba late et aperte concipere; *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, *infr. eod.* multo magis certa et aperta eum excludent; *L. non est*, *supr. de trans.* nec dicet verisimile non esse debitorem nihil agi voluisse. Nam cum constet eum non pure promisisse, ut ita obligaretur, sed sub conditione, et ea conditione quæ exsistere non posset, quam eandem et ipse cupiat nunc retinere, in re certa nullus est coniecturæ locus. *L. continuus*, §. *cum ita*, *infr. eod.* Constituta est satis, ut existimo, sententia veterum de impossibili conditione stipulationibus, et aliis contractibus adiecta retinenda, ut neque in regulis iuris de impossibilium rerum præstatione, deque interpretatione obscuræ voluntatis, neque in exemplo legatorum quidquam sit, quod eam offendat; et tamen nihilominus recte ab iisdem veteribus constitutum sit, hanc eandem conditionem in testamentis adscriptam pro nulla haberi. † Iam redeo ad Ulpianum. Is re- 6
gulam de impossibili conditione in contractibus adiecta velut interpretans sic eam concepit; *Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat.* Cur addidit, *cum in faciendum concipitur*? An quod sint quædam impossibiles conditiones, quæ concipiantur in non faciendo, quæ eædem stipulationibus non obstent? quod vide-

detur significare. Unde posterius genus velut a priore separans ita subiicit; *aliter*, *atque si talis conditio inseratur stipulationi*, *si in cœlum non ascendero*: quasi diceret, non omnes conditiones impossibiles in eadem caussa sunt. Obstant hæ stipulationibus sed ita si sint in faciendo: diversum est, si in non faciendum concipiantur. Atqui nulla esse potest conditio impossibilis, nisi quæ in faciendum concipiatur, idest, quæ in eo sit, ut fiat, quod per rerum naturam fieri non potest. §. *si impossibilis*, *Inst. de inut. stip.* Nam cum ita concipitur conditio, si in cœlum non ascendero, non modo ea conditio est, quæ possit exsistere, sed etiam quæ iam exstiterit, et quam certum sit aliter exsistere non posse: tantum abest, ut sit impossibilis. Et dicendum est hæc verba, *cum in faciendum concipitur*, et totam adversativam orationem sequentem non discretionis caussa additam esse, sed declarationis et maioris explicationis gratia adversus eam dubitationem, quæ in hanc partem iuris apud plerosque incidere poterat, ut sit totius loci hæc sententia. Impossibilis conditio quamdiu vim suam et naturam retinet, quod fit cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat; quod si in non faciendum concipitur, non obstabit: non quia sit impossibilis aliqua, quæ non obstet, sed quia negatione addita desinat esse impossibilis, quæ prius fuerat. Hoc autem dictum est ad removendam eorum dubitationem, qui dubitare possunt, non an conditio utrobique esset impossibilis, de quo nemo sanus potest dubitare; sed an quia utraque conditio rem impossibilem continet, puta in cœlum ascensionem, ideo et posterior pro impossibili haberi debeat. Negat Ulpianus, et recte. Impossibilitas enim conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo quod de ea re fieri debet, æstimanda est: nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: *d.* §. *impossibilis*, sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Hinc de hac stipulatione, *si in cœlum non ascendero*, *dabis*? subiicit eam ita valere, ut et præsens sit, et creditam pecuniam contineat. *Præsens*, idest, pura est ex qua ob eam caussam statim agi possit, ut de ea scriptum est in *d.* §. si impossibilis; *creditam pecuniam continet*, idest, eiusmodi est, ex qua pecunia efficaciter peti possit, quia sit credita, idest, quia obligatio statim inde contracta sit; credere namque dicimur ex omnibus contractibus, cum ex quovis fidem alterius sequimur, recepturi quid postea ex eo contractu. *L.* 1. *supr.* *si cert. pet.* † Sed quomodo præsens dicitur, 7
quæ conditionem insertam habet? Nihil interest, utrum nulla sit conditio, an quæ adiecta est, exstiterit; et ideo impleta conditione etiam quæ rem in casum aliquem distulerit, placet perinde haberi, quasi pure res gesta esset. *L. si pupillus*, *supr. de cond. inst.* At hæc conditio, *si in cœlum non ascendero*, statim exsistit: verum est enim me non ascendisse in cœlum, et ita verum, ut certum sit, id postea aliter evenire non posse. Inde dictum est, eum qui sub conditione stipulatur, quæ omni modo exstitura est, pure videri stipulari. *L. si pupillus*, §. *qui sub*, *infr. de novat.* † Quod autem dicit utilem esse 8
stipulationem, cui talis conditio inseratur, *si in cœlum non ascendero*, videndum est diligenter, quo sensu ab illo dicatur: alioqui multis modis falsum reperietur. Hoc sentit nimirum, esse utilem, si nihil amplius sit in ea, quod illi obstet, quam conditio, quæ proponitur. Prius enim dixerat impossibilem conditionem obstare stipulationibus: diversum esse ait, cum adiicitur huiusmodi conditio, *si in cœlum non ascendero*; quod nihil aliud significat, nisi hanc conditionem non similiter obstare stipulationi, ut superiorem, eoque fieri, ut nihil obstante conditione nihilominus stipulatio valeat. Cæterum nihil prohibet, quominus propter alias caussas inutilis sit stipulatio, in qua sit huiusmodi conditio negativa, quæ negatione detracta esset impossibilis. Finge aliquem promisisse se in cœlum ascensurum, et si non ascendisset, centum. Ut prior stipulatio est inutilis, quia impossibilis: *L. si stipulor*, *infr. eod.* sic et posterior. *L. si homo*, *supr.* sed non ideo, quia conditionem eam habuit, de qua agimus; sed quia pœna promissa est, quæ rei impossibilis nequidquam promittitur. Finge stipulationem a conditione incipere, sed hanc esse conditionem, si hominem non occideris, cui contraria conditio, si hominem occideris, iure impossibilis habetur; L. *conditiones contra*, L. *filius*, *supr. de cond. inst.* constat et hanc stipulationem esse inutilem. L. *iuris gentium*, §. *si ob maleficium*, *supr. de pact.* Sed ne hoc quidem sententiæ huius loci adversatur; non enim propter conditionem id accidit, sed propter turpitudinem stipulationis. Idcirco recte monemus sententiam Ulpiani esse spectandam, probantis quidem eam stipulationem, in qua sit hæc conditio, *si in cœlum non ascendero*, sed hactenus dumtaxat, ne ei hæc conditio noceat, non etiam ut valeat, etsi quid aliunde accedet, quo stipulatio solet vitiari.

Ad L.

Ad L. In illa. 8.

Paulus lib. II. ad Sabinum.

In illa stipulatione, *si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* mortuo homine quæritur an statim ante Kalendas agi possit. Sabinus, Proculus, expectandum diem actori putant: quod est verius; tota enim obligatio sub conditione et in diem collata est: et licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest. Sed cum eo qui ita promisit, si intra Kalendas digito cœlum non tetigerit, agi protinus potest; hæc et Marcellus probat.

Ad L. Hoc iure. 10.

Idem lib. III. ad Sabinum.

Hoc iure utimur, ut ex hac stipulatione, *si Lucius Titius ante Kalendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes?* non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire. Titium non posse, neque venisse: sive vivo sive mortuo id acciderit.

S U M M A R I A.

1. *De stipulatione sub conditione et in diem collata.*
2. *L.* 8. *et* 10. *distinctione conciliata. et n.* 4.
3. *Stipulatio hæc*, Si Stichum intra Cal. non dederis, X. dabis? *quomodo in diem concepta dicatur.*
4. *Lectio L.* 8. *Florentina defensa.*

1 CUm habet stipulatio conditionem et diem, et in utrumque obligatio dilata est, si de iure quæritur, extra controversiam est, utrumque esse expectandum: ut quamvis ante diem conditio exstiterit, et certum sit, quod promissum est, deberi; tamen antequam dies venerit, peti non possit: ut, si ita stipulor, si navis ex Asia venerit, tum ex eo die intra duos menses dare spondes? hæc separatim vis est utriusque adiectionis. §. *in diem*, §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Itaque cum aperte utrumque ad obligationem additum est, ut in stipulatione superiore, de potestate stipulationis non ambigitur. Ius enim, ut dixi, certum est. Sed dubitatur interdum, utrum stipulatio utrumque contineat ad differendam obligationem. Id accidit in conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, cum conditioni dies adiicitur, intra quem si factum non sit, quod conditione comprehensum est, stipulatio committatur: ut in huiusmodi stipulationibus: *si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* aut, *si Lucius Titius intra Calendas in Italiam non venerit, dare spondes?* quæ sunt horum locorum exempla. Propone aut illic Stichum, aut hic Lucium Titium ante Calendas esse mortuos. Conditio utrobique statim exstitit sine dubio; certum enim esse cœpit neque illic promissorem amplius Stichum dare posse, neque hic Titium posse venire in Italiam; quo facto constat huius generis conditionem impleri. *L. ita stipulatus.* 115. *infr. eod.* Num ergo statim ante Calendas decem peti possunt? Quæstio in eo, an etiam in diem stipulatio collata sit. Nam si in his sola fuit conditio diem habens, hac impleta quamvis ante diem nihil amplius desiderabitur: cum stipulatio omnis conditionalis conditione exsistente statim committatur, ac perinde sit, quasi pure esset contracta. §. *sub conditione*, *Inst. eod. L. si pupillus*, *supr. de cond.* Quod si præter conditionem etiam in diem obligatio collata est, non dubium, ut dixi, quin et Calendæ sint expectandæ. Quare cum quæritur, an hic statim ante Calendas agi possit, sciamus hoc quæri, an sit etiam stipulatio contracta in diem, non tantum sub conditione. Ita de iure constat; ambigitur de facto, idest, quid actum sit, quid contrahentes senserint. Sed cur dubitabimus, cum et stipulatio manifeste diem habeat? Quia non continuo si dies conditioni præstitutus est, ideo promissio seu obligatio in diem collata est; hinc ambigendi caussa. Et ut sunt responsa veterum ad hanc quæstionem pertinentia, quæ sub hoc titulo commemorantur; duo hæc præser–

sertim quæ hic proponuntur, idest, *L.* 8. *et L.* 10. videri possunt illi in hac quæstione discrepantia scripsisse, cum in quibusdam stipulationibus huius generis dicant stipulationem esse in diem, eoque et diem actori exspectandum, in quibusdam respondeant conditione ante Calendas impleta etiam ante diem statim agi posse. Sed nihil melius ab illis factum est, neque magis
2 consentanee. † Responsa sunt de dissimilibus formis conditionum istius generis, quæ si coniungantur, conferanturque inter se, reperiemus hanc distinctionem istarum rerum statui, quæ veteribus illis probata sit; cuius distinctionis partes optime inter se consentiant: ut in summa putandum sit referre, utrum conditio si quid intra certum diem factum non sit, collata sit in personam promissoris, an extranei; et si in personam promissoris, utrum dies utiliter adiectus sit, an non sit. Conditio si in personam promissoris et potestatem eius collata est, et dies non inutiliter adiicitur, ut in hac stipulatione, *si Stichum intra Calendas non dederis, decem dabis?* placet totam obligationem sub conditione et in diem collatam videri: proinde et Sticho ante Calendas mortuo, quamvis conditio extiterit, tamen diem superesse qui ideo sit expectandus. *L. in illa.* 8. Sed hic nobis
3 occurritur. † nam quomodo hæc stipulatio in diem, cum ea definiatur in diem, in qua dies adiicitur, quo pecunia solvatur, ut est in §. *in diem, Inst. eod.* in hac autem specie adiiciatur dies, intra quem promissori liceat Stichum dare, aut quid aliud facere, quod sit in conditione, non etiam is dies, quo pecunia, quæ promissa est, solvatur? Et dicendum est, nominatim quidem diem tributum esse, quo præstentur ea, quæ in conditione sunt; sed eundem etiam tacite ad pecuniam promissam solvendam promissori datum videri. Cum enim conditio in eius personam ita confertur, ut decem det, si Stichum Calendis non dederit, palam est id agi ut ne det decem, si Calendis Stichum dederit. Ex quo etiam apparet conditionem totam, idest, et Stichum et diem conditione comprehensum ipsius promissoris caussa adiectum esse, ut utrumque pro commodo eius accipi debeat ad differendam pœnæ, id est, decem promissorum petitionem; Stichum quidem, ut liceat ei hunc solvere ad pœnam evitandam; decem autem, ut non necesse habeat promissor primo quoque tempore Stichum dare, sed possit dare Calendis, et ita dare, ut ante eum diem decem exigi non possint. Ita conditionem accepit ab initio stipulatio, ut ante Calendas invito promissore pœna non committatur, nec distinguitur, utrum Stichus vivat, an sit mortuus. Ergo et mortuo Sticho hic ipse dies ex conditione stipulationis, et ex eo quod actum est, promissori servabitur. † Quod si conditio, quæ 4
in non faciendo est, collata erit aut in casum, aut in personam extranei non promissoris: quantumvis dies adiectus fuerit conditioni, intra quem fieret id, quod conditione comprehensum est, nihilominus placuit stipulationem etiam ante diem committi, simul atque certum esse cœperit id amplius fieri non posse. Si navis ex Asia intra Calendas non venerit, si Lucius Titius intra Calendas non venerit in Italiam, centum dari spondes? Sive navis ante Calendas amissa sit, sive Lucius Titius mortuus, aut ita impeditus vel vi, vel tempestate, vel morbo, aut alio casu, ut certum sit, neque illam ex Asia venire, neque hunc in Italiam Calendis pervenire posse, continuo decem peti poterunt. *L. hoc iure*, 10. idem colligitur ex *L.* 4. *supr. de cond. et dem.* Atqui et hic dies in conditione inest non minus, quam in conditione superiore: qui fit igitur, ut et hic diem non exspectemus? quia non est adiectus dies, quo pecunia solvatur, neque verbis, neque sententia stipulationis seu contrahentium. De verbis constat, non enim dicitur, decem Calendis dabis? sed simpliciter decem dabis? De sententia ex eo licet intelligere, quod conditio in casum collata sit, non in potestatem promissoris; id enim satis arguit diem conditioni insertum nullo modo promissoris caussa adiectum esse: certe non est ita adiectus, ut promissori intra eum diem quidquam facere liceat ad evitandam pœnæ præstationem; semper autem dies stipulationi adiectus, qui quidem petitionem differat, pro reo esse intelligitur. *L. eum qui Calendis*, §. *ult. infr. eod.* Sane si ita dictum sit, si Lucius Titius intra Calendas Martias non venerit, *tum* decem dare spondes? convenit ante Calendas peti nihil posse, quamvis Lucius Titius ante mortuus fuerit. *L.* 4. §. *ult. supra, de cond. et de.* Non mirum: hac enim particula, *tum*, adiecta, aperte dies promissioni adiicitur, quo die decem solvantur. *Tum* enim valet illo tempore, quod ante commemoravi, id est, Calendis dare spodes? Quod de conditione in casum aut personam extranei collata diximus, nihil diem ei conditioni insertum promissori prodesse ad differendam promissi petitionem; idem probandum est, et si conditio in personam creditoris, et certum diem conferatur

tur, sed adiiciatur inutiliter: ut accidit in hac stipulatione, si intra Calendas digito cœlum non tetigeris, decem dabis? Iam a principio certum est promissorem cœlum tangere non posse, proindeque exstitisse conditionem, sed dies inest, ut in illa, si intra Calendas Stichum non dederis, et tamen placet protinus agi posse, in *L. in illa*, 8. *in fi.* optima ratione: hæc enim conditio, si digito cœlum non tetigeris, pro non adiecta habetur, cum statim exstiterit, §. *si impossibilis*, *Instit. de inutilibus stipulationib.* et *L. impossibilis*, *supra.* Ergo et eius conditionis partes omnes adiectæ inutiliter; proinde et dies ei conditioni insertus; nam et hic pars est conditionis. *L.* 1. §. 1. *supra*, *de eden.* Et certe perspicuum est non ideo dari hunc diem promissori, ut ei intra hunc diem cœlum tangere liceat, ne decem debeat, cum certum sit eum tangere cœlum omnino non posse. Aliter atque in illa stipulatione, si Stichum Calendis non dederis, decem dabis? in qua constat decem promissori dari ad Stichum dandum, quoniam is per rerum naturam intra id tempus dari potest, ut nisi dederit, iure in pœnam incidat. Habes distinctionem veterum de hoc genere expositam.

5 † In verbis, illa, ex L. in illa 8. notanda sunt: *tota enim obligatio sub conditione, et in diem collata est: et licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest.* Quæsitum est, quid sit obligationem committi ad conditionem; sic enim non in Pandectis Florentinis tantum, sed in omnibus exemplaribus magno consensu locus hic legitur. Quod quidam non intelligentes, quasi horum verborum nulla esset idonea sententia, quæ ad rem faceret, aut quasi nemo Latinorum ita loqueretur, ita locum corruptum esse, non dubitant, et magno ingenio, scilicet errorem ex notis a Triboniano non perceptis natum esse ostendere conantur; atque hoc modo locum restituendum, *et licet ante diem conditio committi videatur.* Mitto genus correctionis, quod quale sit, ipsi auctores viderint, quis enim iuris auctorum, aut adeo Latinorum unquam dixit conditionem committi, cum ipsa exsistit? hac exsistente, obligatio, id est, stipulatio, qua obligamur, committi dicitur in usu iuris, non conditio, §. *sub conditione*, *Inst. L.* 4. §. *Cato*, *supr. C. de cont. et com. stip.* ut quamvis locum corruptum esse fateremur, nunquam tamen hanc lectionem, quæ multo est deterior, reponere deberemus, ut diceretur conditio committi. Illud demiror, in locis pro arbitrio figendis., et refigendis tantum iuris sibi sumere eos, qui in illis verbis, *et licet obligatio ad conditionem committi videatur*, mendum esse arbitrentur, et palam scriptis phrasim orationis ut insolentem ac peregrinam, aut potius nihil significantem repudient, qua nihil est neque elegantius, neque significantius, neque ad huius loci sententiam accommodatius; certe nulla est Ciceroni familiarior, ut sit *ad conditionem*, pro eo quod est, quod ad conditionem attinet. Cicero paradoxo ultimo: *meam autem quoniam pecuniam contemnis* (*est enim ad vulgi opinionem mediocris*, *ad tuam nulla*, *ad meam modica*) id est, secundum vulgi opinionem ,tuam, meam. Idem de *Aruspicum* responsis: *certe mihi exire domo mea ad privatum dolorem fuit luctuosum*, *ad rationem Reip. gloriosum*: id est, quod ad privatum dolorem, quod ad salutem Reip. attinet. Idem *Lib.* 2. *Acad.* quæstionum: *ad id enim*, *quod agitur*, *nihil interest*, *omnibusne partis*, et quæ sequuntur: id est, quod attinet ad id, quod agitur. Ergo illa verba, *et licet ad conditionem committi videatur*, hoc significant, et licet secundum conditionem, vel quod ad conditionem attinet, obligatio committi videatur. Quod plane ipsum illud esse apparet, quod Paulus hoc loco sensit: hoc enim voluit, cum stipulatio hæc, *si Calendis Stichum non dederis*, *decem dabis*? duo habeat, conditionem et diem: Sticho mortuo ante Calendas conditionem quidem iam non obstare, quominus agi possit, quia conditio exstiterit, itaque et ea impleta commissa sit stipulatio: sed remota conditione superesse adhuc diem, qui quominus ante agi possit, sit impedimento.

Ad L.

Ad L. Si Titius. 9.

Pomponius lib. II. ad Sabinum.

Si Titius et Seius separatim ita stipulati essent: *Fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes?* finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur: et ideo occupantis fore actionem.

SUMMARIA.

1. *Species legis.*
2. *An ex hac stipulatione, fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes? statim agi possit, et fundus peti, si alteri dari potuerit, neque datus sit.*
3. *An ambo stipulatores fundum possint petere.*
4. *Occupare in usu iuris quid.*
5. *An petitionem ab uno stipulatorum institutam, promissor evitare possit fundum alteri dando.*
6. *Usus verbi* Quoad.
7. *Quomodo in proposita stipulatione nondum impleta conditione iudicium esse possit.*
8. *Bartoli, et aliorum sententia improbata.*
9. *L. Nuda. C. de contrah. stipul. explicatur.*
10. *Illustratur L. cum quærebatur.* infr. *Iud. sol.*
11. *In omnibus faciendi obligationibus in quibus simulatque tempus, quo fieri potest quod debuit, transierit, in id quod interest agi posse dicitur, quamdiu lis contestata non est, promissor faciendo potest liberari.*
12. *Quomodo cum supradicta stipulatio sub conditione sit contracta, statim tamen committatur, contra quam generaliter de hoc genere stipulationum iure definitum est.*
13. *Ratio cur hæc species a generali id genus stipulationum definitione sit exempta.*
14. *Qui fiat, ut qui ante iudicium acceptum electionem habuit, uti daret, is eam indicio accepto amittat.*

1 PRimus et secundus cum fundum habere vellent: et propter societatem, quæ forte inter ipsos esset, aut coniunctionem, vel communionem, satis haberent, si is fundus alterutri ex ipsis daretur, eum fundum a domino separatim stipulati sunt, singuli sub hac conditione, si is fundus alteri ex ipsis non daretur. Primus hoc modo, fundum Tusculanum, si secundo non dederis, mihi dare spondes? et rursum Secundus hoc modo, fundum Tusculanum si Primo non dederis, mihi dare spondes? Multa hic quæsita sunt, quæ paucissimis verbis complexus Pomponius obscuram nobis de hac specie definitionem reliquit: distincte explicata rem expedient. Ea sunt
2 quatuor. † Primum est, an ex hac stipulatione statim agi possit, et fundus peti, si alteri dari potuerit, neque datus sit. Et Pomponius significat posse, idque pro certo et confesso sumere videtur. Cum enim ait occupantis fore actionem, satis declarat ab uno ex stipulatoribus agi, et eo modo actionem occupari posse; et cum ait finem alteri dandi fore, cum iudicium acciperetur: utrumque statuit, et ante iudicium acceptum de fundo eum fundum alteri dari posse, et simul de eo iudicium posse accipi. † Alterum est, an ambo sti- 3
pulatores possint fundum petere. Sed verba stipulationis satis ostendunt uni tantum actionem ex ea stipulatione esse posse. Nam si promissor Primo dederit, verba efficiunt Secundo nihil deberi; quoniam deficit conditio, sub qua illi fundus promissus erat: eodemque modo si secundo dederit, necesse est ex conditione stipulationis Primo nihil deberi, quia et hic conditio, sub qua illi fundus promissus erat, defecerit. Et hoc est, quod ait Pomponius actionem fore non utriusque, sed occupantis, idest, unius, quia occupantem unum esse oportet. Atque hoc verbo etiam illud [1] declaravit, actionem ex hac stipulatione sic unius esse tantum, ut tamen non sit huius aut illius certi, sed tantum occupantis, idest, eius qui prius iudicio egerit, et litem de fundo erit cotestatus cum promissore, qui fundum neutri adhuc ex reis stipulandi dedisset: id enim occupare hoc loco significat:
quod ex adiuncto facile intelligitur. † Etsi 4
enim occupare cum absolute ponitur, idem valet iuris auctoribus, quod ad sententiam pervenire, ut cum dicitur in actione de peculio meliorem esse cccupantis conditionem, *L. si vero.* 10. *supr. de pecul.* item inter eos, qui-

1) Vid. et Gœd. *de contr. stipul. C.* 8. *Concl.* 9. *n.* 186. *et seqq.* Quid si disiunctim plures negativæ. Si illud aut illud non dederis? Hanc stipulationem committi si utrumque non fiat, licet alterutrum fiat, videtur arguere *L.* 13. §. 2. *de Reb. dub.* ad quod vid. Don. noster *ibid. et* Rob. 2. *rec. Lect.* 22.

quibus ex eadem caussa debetur meliorem
esse conditionem occupantis: *L. inter, supr.
de re. iud.* tamen cum de actione instituen-
da, et lite contestanda sermo habetur, di-
citurque actionem, quæ movetur, fore oc-
cupantis, perspicuum est occupationis ver-
bo non alterius rei occupationem intelligi
posse, quam eius quæ dicitur occupari,
5 idest, actionis. † Deinde quæsitum est ter-
tio loco, uter ex stipulatoribus actionem
de fundo instituet, cuiusmodi ea sit peti-
tio, utrum ea quam promissor excipere co-
gatur, aut petenti fundum dare; an vero
ea, quam promissori evitare liceat fundum
alteri ex stipulatoribus dando. Quartum et-
iam huic adiunctum est, si forte promissor
ab uno conventus fundum alteri dare po-
test ad evitandam condemnationem, quan-
do et quandiu id possit facere. Et de utro-
que coniunctim respondet initio his verbis,
finem dandi alteri fore, quoad iudicium ac-
ciperetur. Habent hæc verba hanc senten-
tiam, si unus ex stipulatoribus cum pro-
missore aget ex suprascripta stipulatione,
non posse promissorem recusare actionem
in se dari si fundum neutri det: sin dare
velit, posse eum ex conditione stipulationis
etiam alteri fundum dare, eoque modo con-
sequi, ut omni actione liberetur: sed hoc
eo usque, donec iudicium accipiatur, id-
est, donec lis sit cum eo contestata. Fin-
ge eum postquam in ius vocatus est, ante
quam in ius veniret suscipiendæ actionis
caussa, ultro alteri ex stipulatoribus fun-
dum dedisse, recte dicet in iudicio postea,
se nihil agenti debere ex conditione stipu-
lationis. Cæterum huic facultati alteri dan-
di finem futurum, cum iudicium accipitur,
idest, desituram eam facultatem, et finem
accepturam tunc, cum fundo alteri non da-
to lis cum promissore contestata erit: et si
apertius etiam dicendum est, lite semel de
fundo contestata non posse amplius promis-
sorem fundum alteri dare, ut evitet acto-
ris petitionem, quod tamen ante iudicium
acceptum facere potuit. Quod si verum est,
consequens est lite contestata confirmari a-
genti de fundo actionem. Et hoc est, quod
recte infert Pomponius, et *ideo occupantis
fore actionem.* Fuit et ante litem contesta-
tam actio stipulatoris eius, qui fundum pe-
tere instituit, argumento est, quod fundo
alteri ex stipulatoribus non dato, promis-
sor ea actione omnino tenetur. Sed non est
ea actio sic illius, ut sit propria, sive ut
sit eius immutalibiter; non enim est ita
eius, quin liceat promissori eam evitare,
fundum nimirum alteri dando. At lite con-
testata, tum demum actio efficitur eius
propria: utpote a qua reus nullo suo fa-
cto, nulla eius fundi datione in alterum
collata possit liberari. Iudicium accipere in
usu iuris idem valet, quod litem contesta-
ri: iudicium acceptum, et lis contestata
idem. *L. illud, supr. de pet. her. L. cum
fundus, supr. si cer. pet.* † Atque hoc lo- 6
co etiam de verbo, *quoad*, quod hic in
omnibus exemplaribus legitur animadverten-
dum puto, aut id pro *cum* esse accipien-
dum, qua tamen significatione non memini
me legere alibi usurpatum; aut si hoc non
est, locum mendosum esse, et pro quoad
legendum esse, quom minima deflectione
literarum; scimus enim veteribus plerisque
hoc fuisse observatum in particula, cum,
ut dum significat tempus, ut hoc loco,
scriberent per quom, iisdem literis videli-
cet primis, a quibus et particula quoad
incipit, teste Quintiliano *Lib.* 1. *C.* 13.
quod fortasse posteriores non intelligentes,
pro, quom, reposuerunt, quoad. Utcun-
que est, certe, quoad, hoc loco pro quo-
usque, vel donec (quæ usitata eius signi-
ficatio est) defendi non potest. Nam hoc
modo hic erit sensus, finem alteri dandi
esse promissori etiam ante, quam iudicium
acceptum erit, et hunc finem fore, idest,
perseverare eo usque quoad iudicium acci-
piatur, idest, usque ad litem contestatam,
quasi diceret hunc finem dandi cessaturum
post litem contestatam, et promissorem ex
illo veterem potestatem dandi recepturum,
quorum utrumque non solum absurdum
est dictu, sed etiam aperte est contra men-
tem et sententiam Pomponii, qui hoc vult
ita post iudicium acceptum actionem fore
occupantis, ut iam postea alteri dando pro-
missor eam evitare non possit: aliter, at-
que si iudicium nondum acceptum fuerit.
Atque hæc Pomponii verborum sententia
est; sed quæ incurrat in varias reprehen-
siones. Ex supra scriptis autem huius re-
sponsi partibus tres sunt, quæ in disquisi-
tionem vocantur. Prima illa et præcipua,
utpote ex qua pendent cæteræ, quod vult
ex hac stipulatione agi posse, et quidem
vivo adhuc promissore, et vivis ambobus
stipulatoribus, quibus ex conditione stipu-
lationis fundus dari potest, idest in sum-
ma, agi nondum impleta conditione, si
modo sententias generales de conditionibus
implendis traditas sequimur. Est autem hæc
huius partis perplexitas. † Volumusne agi 7
ante, quam conditio exstiterit? At ius cer-
tum est pendente adhuc conditione neque
venisse diem, quo agi possit, neque adeo
cessisse. *L. cedere, infr. de verb. sig.* Rur-
sum volumus exstitisse conditionem? at
pro-

prohibet definitio iuris recepta de hoc genere stipulationum. Stipulatio est conditionalis, quæ hic proponitur conditionem habens in non faciendo positam, si fundum illi non dederis, et ea stipulatio, quæ a conditione incipiat, non a præcedente stipulatione eius rei, quæ in conditionem deducta est. Exstat de hoc genere Papiniani definitio in *L. ita stipulatus*, *infr. eod.* non ante committi has stipulationes, quam certum esse cœperit fieri non posse, quod conditione comprehensum est; hanc regulam si sequimur in proposita stipulatione, neque conditio existit, neque ex eadem regula ex ea stipulatione adhuc agi potest. Tantum enim abest, ut certum esse cœperit fundum alteri ex stipulatoribus dari non posse, quod erat in conditione, ut contra omnia proponantur, unde constet eum dari posse alteri, quinimo et dari posse ante, quam petatur, hic scriptum est, et recte. Nam et fundus in rerum natura est, qui detur, et promissor est, qui det, et est stipulator alter, cui detur. Non igitur illo iure posito conditio in proposito exstitit. Nisi tamen dicimus hanc speciem ex illa distinctione excipi, et committi stipulationem, simulatque promissor fundum utrique dare potuit, neque dedit. Sed hanc exceptionem alia difficultas excipit: cum enim generalis sit definitio Papiniani, quam rationem huius speciei excipiendæ reddemus? His rebus factum est, ut vix adhuc hæc quæstio etiam apud doctissimos interpretes exitum reperire potuerit: Ac duæ sunt in summa viæ, quæ ad huius rei explicationem ducere videntur: quas et nostros varie secutos esse animadverto: nimirum vel ut fateamur conditionem hic non exstitisse ante litem contestatam, ac nihilominus ex ea stipulatione ante agi posse: vel ut ita fateamur exstitisse conditionem, quamvis fundus adhuc alteri dari possit, ut tamen negemus superiorem definitionem obstare, quia hæc species conditionis ex numero cæterarum huius generis eximatur.

8 † Ac vetus est quorundam ratio, quam commemoratam hoc loco ab Accursio Bartolus, et alii vulgo secuti sunt, ut fateantur non esse hic impletam conditionem, ubi certum sit fundum adhuc alteri dari posse; quod faciunt videlicet, ne pugnent cum *d. L. ita stipulatus*, *infr. eod.* sed ante impletam conditionem agi, et iudicium accipi posse. Neque id absurdum videri debere; propterea quod futurum sit, ut conditio impleatur per litis contestationem, id vero etiam in aliis caussis usitatum esse. Sed cavendum puto etiam atque etiam, ne quam partem huius sententiæ animis nostris insidere patiamur. Est enim non tam falsa (quanquam perspicue talis est) quam absurda, et ridicula. Primum quidem incurrit in notas regulas iuris de conditionali stipulatione, quibus efficitur ex stipulatione conditionali nihil deberi, nedum peti posse prius, quam conditio exstiterit. *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* §. *sub conditione*, *Inst. de verb. ob.* Sed mittamus iuris de hac re regulas: rem ipsam, et rationem huius iuris consideremus. An censemus quidquam deberi posse ex ullo contractu, ullave obligatione contra conventionem contrahentium? Imo vero nihil hic deberi potest, nisi ex conventione. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* An vero dubium est addita conditione, præsertim possibili, hanc esse conventionem stipulantis et promittentis, ut ne quid debeatur, aut peti possit aliter, quam si factum sit id, in cuius eventum stipulatio collata est, idest, quam si conditio exstiterit? Nam quod dicunt futurum esse, ut per litis contestationem conditio exsistat, neque ad id de quo quæritur, quidquam pertinet, et per se etiam est absurdum. Alienum est, quia ut ex conditionali stipulatione agi possit, non hoc quæritur, ut conditio postea exsistat, sed ut ante exstiterit. Non probat autem ante exstitisse eam, qui eam postea exsistere dicit: nisi vero prius et posterius eandem esse arbitramur. Absurdum est, ac non falsum tantum, quod cum fateantur nullam hic actionem esse iure, sed tantum facto et intentione actoris constantem, dicant tamen iudicium accipi de ea re posse. Atqui in privatis petitionibus nullum iudicium esse de ea re potest, de qua nulla est actio; unde in edictis Prætores passim hæc pro eodem usurpant, iudicium dabo, et actionem dabo: hinc et illa, suscipere actionem, et suscipere iudicium in eadem re. Ac videamus etiam propius, quomodo hic tandem iudicium esse possit. Nondum impleta conditione si aget stipulator quid intendet? fundum sibi dari oportere. Quid promissor? negabit secum agi posse, quia promiserit sub conditione, quæ etiam confessione ipsius actoris nondum exstiterit. Hic quæ sunt partes Magistratus? nempe actionem non dabit de fundo, seu promissorem non coget suscipere actionem, quæ nulla est; sed actorem reiiciet, quia nec teneat eius intentio; unde qui ex ea caussa agit, ex qua nondum dies obligationis cessit, non male agere, sed nihil agere dicitur. *L.* 1. *in fin. supr. quan. di. us. leg. ced.* At non est novum, inquiunt, agi ante-

tequam conditio exstiterit, si modo spes sit fore, ut in litis contestatione oriatur? nempe quia in *L. nuda*, *C. de contr. stip.* scriptum est eius pœnæ, quæ promissa erat sub conditione, si pollicitatio rei certæ non impleretur, eius, inquam, obligationis pœnæ conditionem post motam litem exstitisse, et eius summæ, quæ in stipulatione continetur, petitioni locum factum esse. Sed
9 nullus locus magis contrarium probat. † apparet enim Impp. his verbis statuere, prius exstitisse conditionem pœnalis stipulationis; sic deinde petitioni locum factum esse; in quo non potuerunt apertius significare petitioni locum non potuisse fieri aliter, quam si conditio prius exstitisset; postquam ex conditionis eventu petitioni locum factum esse colligunt. Quid est igitur, quod dicunt conditionem exstitisse post motam litem? Id quod docui ad *L. si pacto*, *C. de pact.* Motam intelligunt cœptam, et institutam cum quis in ius vocatus est, et interpellatus, ut aut faceret promissa, aut pœnam præstaret. Inutilis hæc usque adhuc petitio est ad pœnam exigendam, et iudicium accipiendum, quia pœnalis stipulationis conditio non prius exsistat, quam sciatur, an promissor interpellatus non faciat, quod promisit. Sed si perget non facere, cum posset, tum interpellatio, et lis mota declarabit exstitisse conditionem stipulationis, qua hoc continebatur, ut cum interpellatus promissor non fecisset, quod pactus est, tum pœnam præstaret. Ita semper conditionis eventus petitionem pœnæ iustam præcedit, et ut loquuntur Imperatores, post impletam conditionem petitioni
10 locus factus est. † Videtur tamen ad istius sententiæ confirmationem non parum facere, quod Ulpianus tradit in *L. cum quæreretur*, *infr. iud. sol.* Scribit enim stipulationem, iudicatum solvi, non committi ob rem non defensam simulatque cœpit res non defendi, sed tunc solum, cum ex stipulatione (intellige iudicatum solvi) lis contestata est. Ergo prius actum est ex ea stipulatione et prius lis contestata, quam conditio exstitisset, idest, quam constaret rem non esse defensam. Sed dicendum est, simulatque recusavit promissor iudicium accipere, idest, cœpit rem non defendere, exstitisse conditionem de re non defensa, et statim commissam esse ob eam rem stipulationem. Sciendum est enim in omni stipulatione faciendi, duas inesse quodam modo stipulationes: unam, qua nos facturos aliquid promittimus; alteram eius quod interest, quod promitti intelligitur, si factum non sit, quod fieri debuit; unde in faciendi obligationibus id quod interest, dicitur contineri stipulatione: sed sub illa conditione, quam dixi, si factum non sit, quod debuit. *L. quoties quis*, 81. *L. si pœnam*, 68. *L. stipulationes non dividuntur. vers. Celsus. infr. eod.* Huiusmodi est stipulatio, iudicatum solvi, in qua cum iudicatum solvi promittitur, etiam illud promittitur fore, ut promissor iudicium accipiat, quo res iudicetur; unde dicitur hæc stipulatio non solum clausulam continere de re iudicata, sed etiam de re defendenda, *L. iudicatum.* 6. *infr. iud. sol.* Itaque hac stipulatione interposita perinde est, ac si promissor promisisset se rem defensurum, eoque et iudicium ante omnia accepturum: ac nisi defendisset, promisisset, quanti ea res est, quæ petita est, idest, id quod interest: in quod stipulatio committitur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, §. *ult. supr. de re iud. d. L. stipulationes non. vers. Celsus. infr.* Quoties autem stipulatio, quæ conditionem habet in non faciendo positam, non a conditione incipit, sed a promissione faciendi, et si id non fiat, subiicitur stipulatio pœnæ, vel eius quod interest, in omnibus id observatur, ut simulatque fieri potuit, quod promissum est, neque factum est, statim conditio habeatur pro impleta, et stipulatio committatur. *L. ita stipulatus. inf. eod.* Idque maxime servatur in faciendi obligationibus; in quibus placuit cum præterierit id tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, in id quod interest statim agi posse: *L. si ita stipulatus*, 14. *supr. d. L. stipulationes non. vers. Celsus. L. si insulam. infr. eod.* Quare et in stipulatione, iudicatum solvi, hoc idem evenit, ut simulatque potuit promissor rem defendere, et interpellatus non defendit, conditio existat, et stipulatio committatur. Sed ideo dicitur Ulpiano credi eam non committi prius, quam ex stipulatione lis contestata sit, quia ante litem contestatam non committitur præcise, et immutabiliter: potest enim reus, si secum agatur ob rem non defensam, evitare actionem, si offerat defensionem. † Id ne cui videatur a me 11
subtilius dictum in hac specie, quam verius, idem evenire sciamus in omnibus faciendi obligationibus; in quibus cum dicamus, simulatque transierit tempus, quo fieri potest, quod debuit, statim agi posse in id, quod interest, ut si stipuler insulam a te fieri, tamen placet quandiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari; *d. L. si insulam. infr. eod.* An quod ante conditio non exstitit; neque actio

actio nata fuit in id, quod interest? Minime; sed quia potestas faciendi ab initio data est promissori, quam ille usque ad litem contestatam retinet; de qua re plura ad *d. L. si insulam.* Sed unde melius id ita esse probari potest, quam exemplo penus legatæ? Testator ita legavit: heres meus penum dato: si penum non dederit, decem dato. Si heres in penu danda moram fecerit, statim decem deberi incipiunt et sola intelliguntur legata: scilicet quia et conditio legati posterioris exstitit. *L. ita stipulatus. vers. Sabinus. infr. eod. L.* 1. §. *item si ita. supr. ad L. falc. L. si penum. supr. quan. d. leg. ce.* Atqui si decem peti cœperint, licet heredi, donec lis cum eo contestetur, penum offerre, atque ita pœnæ petitionem evitare. *L.* 1. *supr. de pe. leg.* Quod profecto non est argumentum conditionem antea non exstitisse, et decem non recte peti; sed declarat licere heredi aliud pro penu præstando liberari ex conditione legati, et potestate ab initio accepta, quam, ut dixi, usque ad litem contestatam retinet. Secundum quæ utrumque recte dicturi sumus, et decem vere deberi, et peti posse, si conditionem spectes, quia hæc iam exstitit: et rursum peti non posse prius, quam lis contestata sit, si effectum spectes; quia ante efficaciter peti non possint, cum ad actionem evitandam liceat penum offerre. Quæ cum recte dicantur in legato conditionali, quod non a conditione incipit, sed a legato penus, neque in legato solum, sed in omnibus faciendi obligationibus locum habeant, in quo numero est stipulatio iudicatum solvi ob rem non defensam: sciamus eadem et in hac stipulatione locum habere omnia, probandumque esse, ut simulatque res non defendi cœperit, existat conditio stipulationis, et commissa sit stipulatio, ex qua alioqui lis contestati non posset: sed ita, ut non proprie et cum effectu videatur ante commissa, quia si ante litem contestatam promissor defensionem offerat, non teneatur; id præstans videlicet, cuius præstatione pro eo, quod interest, defungi potest ex perpetua omnium faciendi obligationum regula. Atque hoc sensisse Ulpianum ex verbo credi, quô ille utitur, intelligi potest; non enim dicit stipulationem ob rem non defensam non esse prius commissam, quam lis ex ea fuerit contetata; sed non prius credi commissam. Ratum hoc sit igitur priusquam conditio stipulationis exstiterit, ex conditionali stipulatione nihil deberi, et cum nihil debeatur, neque agi ex ea, neque ad iudicium perveniri posse. Quod si forte actor præfestinanter egerit nondum impleta conditione, et litem contestatus sit cum eo, qui se negaret teneri, necesse erit eo iudicio reum absolvi: quia verum fuerit tempore litis contestatæ eum nihil debuisse ex ea stipulatione, cuius conditio ante non exstitisset; omnis autem depulsio et inficiatio ad removendam petitionem constituta, in id tempus, quod præteriit, et præcessit litem contestatam, non quod secutum est, æstimatur. *L. moræ. C. de rei vind. L. nec bona. C. de præs. lon. tem.* Hoc posito, si concedimus in proposito ante litem contestatam conditionem non exstitisse, ut isti faciunt; quid consequens sit, apparet: nempe hic agi de fundo, et iudicium de eo ad damnandum promissorem constitui omnino non potuisse. At enim lite contestata conditio iam pro impleta habebitur, quia promissor fundum amplius alteri dare non poterit, ut hic scriptum est. Sed iam effectum est conditionem ante existere debere, quam ex stipulatione conditionali agi possit: ut hoc constituto, utrum conditio postea existere possit, necne, ineptum sit quærere: cum ea res non possit dare actionem, sive ius petendi iudicio, quæ res tempore litis contestatæ, idest, quo res iudicio petitur, nulla fuerit. Quanquam et hoc falsum est, conditionem post litem contestatam existere, quæ ante non extitit, si nihil amplius intervenerit, quam litis contestatio. Sit hæc stipulatio, exempli gratia, si Stichum non dederis, decem dabis? Traditum est hanc stipulationem non committi prius, quam certum fuerit Stichum dari non posse. Quæro; si stipulator Sticho adhuc vivo decem petierit, et litem sit cum promissore contestatus, qui negaret secum recte agi, quia conditio stipulationis nondum extitisset: an postea eum in decem damnari oportebit, nec poterit post litem contestatam amplius Stichum dare ad condemnationem evitandam? Ego vero non modo non debere eum damnari aio, si Stichum postea dederit, sed ne si non dederit quidem: propterea quod etsi eum non obtulerit; tamen eo vivo semper verum sit eum natura dari posse, eoque non extitisse conditionem, quam constat non aliter existere, quam si certum esse cœperit Stichum amplius dari non posse. At lis contestata est. Quid, an litis contestatio rerum statum et conditionem mutavit, fecitque, ut qui dari antea potuit natura, nunc dari non possit? Nullo modo; nam et idem dominus est, qui fuerat, et idem potest accipere, qui ante. At enim iure Stichus

post

post litem contestatam dari non potest. Recte hoc diceretur, si decem debita in iudicium deducta essent; nam cum iudicio contrahatur, pro decem debitis Stichus dari non posset. Nunc autem decem petita sunt, quæ non debebantur, cum ante litem contestatam conditio stipulationis non extitisset. Non erit igitur impedimento ea petitio, quominus et Stichum promissor quandoque dare possit; et vero ante eam petitionem promissor Stichum recte daret: ergo et post eam recte dabit, quia petitio cum nullius momenti sit, perinde sit, ac si non intervenisset. Denique neque Bartolum, si viveret, neque alios eiusdem sententiæ defensores tam aversos a vero arbitror, ut si quis promiserit decem, si in Italiam non venerit, dicturi sint promissorem teneri, si cum eo actum sit multo ante, quam certum esset eum pervenire posse in Italiam, cum tam diserte traditum sit a veteribus hoc genus stipulationum non ante committi, quam certum esse cœperit promissorem in Italiam pervenire non posse. Nam isto modo falsa erit veterum sententia, eritque in potestate stipulatoris efficere, ut promissor postquam moram iudicio fecerit in Sticho dando, statim teneatur non minus, quam si stipulatio non a conditione, sed a stipulatione cœpisset. Quod ex diametro adversatur veterum distinctioni de his generibus proditæ in *d. L. ita stipulatus.* Id si in cæteris stipulationibus valet, quæ a conditione incipiunt, quæ in non faciendo consistit, cur non recipiamus in stipulatione hoc loco proposita, quæ est huius generis, et ad eamdem definitionem pertinet? Quibus omnibus cum contraria suscipere cogamur, si semel hic statuerimus antequam agatur, et lis contestetur, conditionem non extitisse: perspicuum est nullo modo eam sententiam hoc loco posse defendi. Restat, ut hac defensine excludi id suscipiamus, quod est reliquum, quia in proposito ex hac stipulatione fundus peti potest, etiam conditionem hic extitisse, non dico post litem contestatam, sed ante. Quod si extitit, necesse est aut ideo extitisse dicamus, quia certum sit fundum amplius dari non posse; aut quia dari potuerit, neque datus sit. Alterutro enim modo ex his huius generis conditiones implentur. *d. L. ita stipulatus, infr. eod.* Non potest ideo dici extitisse, quia fundus alteri iam dari non possit; cum et natura dari possit, et iure liceat id facere, ut hoc responso confirmatur. Relinquitur igitur, ut hanc statim extitisse dicamus, postquam fundus alterutri dari potuit, neque datus

est. † Sed ex hac re incidimus in aliam 12
difficultatem non multo minorem, ut statuere cogamur stipulationem sub conditione contractam, quamvis conditio in non faciendo sit, et stipulatio ab ea conditione incipiat, tamen statim committi, neque exspectandum esse, donec certum factum sit amplius fieri non posse id, quod in conditione positum erat: contra quam generaliter de hoc genere stipulationum definitum est in *d. L. ita stipulatus. infr.* Et si quidem esset illa sententia perpetua, et sine exceptione, magis laboraremus. Sed cum res posita sit in coniectura voluntatis, et præterea constet alias stipulationes ex eo genere excipi, nihil fiet contra eam definitionem iuris, si et hanc speciem ex eo numero eximi dicamus; si modo et hanc sententiam contrahentium esse probetur, ut non ad extremum exspectetur, dum certum sit rem amplius evenire non posse. Idque ita faciendum esse multi eruditi interpretes recte censuerunt. Sed hac in re illis disputatio hæsit, dum huius exceptionis caussam quærunt: neque enim ita expedire potuerunt, ut omnibus probarent. Illud recte ponunt, si expectantibus nobis in proposita stipulatione, donec exploratum fiat amplius fundum alteri dari non posse, futurum sit, ut nunquam stipulatio committatur, non esse id in conditione eius stipulationis expectandum, sed conditionem ita accipiendam potius, ut simul, atque dari potuit fundus, neque datus est, conditio extitisse intelligatur. Idque ita faciendum esse regula iuris præcipitur, quæ dictat in ambiguis aut obscuris stipulationibus commodissimum esse id accipi, quo res in tuto sit; quo valeat magis, quam pereat. *L. quoties in.* 80. *L. quoties in. L. ubi. sup. de reb. dub.* Assentior hoc quoque illis in hac stipulatione futurum esse, ne unquam committatur, nisi conditionem ita accipiamus, quasi ita dictum esset, si fundum illi non dederis, cum potes. Sed quomodo probetur, si quis neget, quæritur; hic vero illorum ratio se aperit, qua cum parum idonea usi essent; quasi nulla alia essent præterea, ideo multos ab hac sententia, tanquam quæ ratione careret, reiecerunt. Negant videlicet hanc conditionem, si fundum illi non dederis, existere posse, si expectetur, donec fundus dari non possit: quia fundus non pereat, aut certe pereat raro: aliter, atque cum ita stipulatus sum, si Pamphilum non dederis; decem dabis? ubi Stichus morte desinere potest dari. Et quod de fundi interitu ab illis dicitur, non est indicio meo, cur

cur negemus recte dici; præsertim in locis non maritimis. Ubi enim in Gallia, in Anglia, in magna Germaniæ parte fundos terræ motu, aut chasmate absorptos, aut quam crebro legimus? Et si quando in locis maritimis id accidat: tamen incertum est, et accidit præter naturæ ordinem: ut propterea non soleat is casus, aut non debeat exspectari. Sed nego hinc recte colligi, fundum in proposita stipulatione non desinere ex conditione aliter dari posse ad conditionem implendam. Non desinet dari posse, quia pereat: at desinet etiam incolumis dari posse a promissore, cum is mortuus fuerit: desinet et dari posse ei personæ, in quam conditio collata est, si et ipsa decesserit; nam neque mortuus dare quidquam potest, neque quidquam dari mortuo. Nec ad rem pertinet, quod promissoris heredes dare possunt, et dari potest personæ adiectæ heredibus; hoc enim natura fieri potest: iure conditionis non potest, quia nihil prodest ad conditionem implendam id facere. Si quid cui ex conditione non dico fieri, sed etiam dari debeat: tamen conditio facti est, ita personæ dantis, et eius, cui dari debet, coherens, ut sive alius det, sive detur alii, conditio non impleatur. *L. qui heredi. in princ. sup. de cond. et dem.* Quo fit, ut quemadmodum illa conditio, si Stichum non dederis, existere potest per rerum naturam Sticho mortuo, quem moriturum esse constat, ita et possit hæc conditio, si fundum Secundo non dederis, Secundo nimirum, cui detur, aut promissore, qui dare debuit, mortuo, quos non minus morituros esse certum est. Quid ergo est? Probandum est, si hic una sit stipulatio hoc modo concepta, si fundum illum Secundo non dederis, mihi dabis? non magis ex hac stipulatione agi posse prius, quam constiterit Secundo fundum amplius non posse dari, quam si ita stipulatio facta esset, si Stichum mihi non dederis, decem dabis? Sed mutatur rei conditio, ubi gemina eiusdem fundi stipulatio interposita est separatim a duobus sub eadem hac conditione, si fundum illi alteri non de-
13 deris. † Ita cur in proposito statim conditio existat, non conditionis ipsius natura accidit, sed stipulationum duarum, quæ hic proponuntur, conceptione. Quod ni ita esset, sufficiebat stipulationem ita proponere, si fundum Primo non dederis, mihi dare spondes? Nunc autem reciproca stipulatio proponitur duorum eundem fundum sub hac conditione stipulantium, si alteri datus non erit: ut appareat ex ea reciprocatione, et vicissitudine natam hic esse huius responsi caussam. Quid igitur facit hic reciprocatio? hoc declarat, si mortem promissoris exspectare volumus, ut certum esse incipiat eum amplius fundum dare non posse, futurum esse, ut stipulatio ex voto et mente manifesta contrahentium committi non possit. Eveniet enim hoc modo, ut fundus aut utrique dandus sit, aut neutri. Nam mortuo promissore, Primus dicet fundum sibi dari debere; quia verum sit promissorem fundum alteri non dedisse, neque amplius dare posse: neque enim si heredes eius dent, idcirco ipse dedisse dici potest. At eadem ista ratione Secundus fundum sibi dari recte petet: quia et hoc verum sit promissorem eum fundum Primo non dedisse, neque deinceps dare posse. Ita fit, quod dixi, ut aut utrique fundus dandus sit, aut neutri, quoniam uni tantum dari non potest. Utrumque autem est contra sententiam stipulationis, qua id actum esse apparet, ut et fundus daretur, et daretur uni duntaxat, non duobus; neque vero id fieri aliter potest, quam si agatur vivo promissore, ut ostendi. Quare et stipulatio ita interpretanda est, ut vivo etiam pomissore agi possit. Et quoniam frustra ex stipulatione agitur vivo promissore ob id, quod alteri datum non est, nisi ubi primum promissor cessavit liceat cum eo experiri: etiam ut id facere liceat, actum est intelligendum est, ut stipulatio exitum habeat, videlicet, secundum ea quæ supra dixi ex iis regulis, quæ in interpretatione ambiguæ aut obscuræ stipulationis cuiusque servantur. *d. L. quoties in stipulationibus. infr. eod. L. quoties in L. ubi, supr. de reb. dub.* Hæc de prima parte huius responsi dicta sint. Qua posita cum dicamus unicuique ex stipulatoribus tanquam impleta conditione actionem competere ex stipulatione et fundum petere licere; hoc consequens esse videbatur, ut nec promissorem aliter, quam ei qui peteret, solvendo liberari diceremus. Quisquis enim petiturus est, ideo petet, quia ei debetur: cum non sit actio, nisi ius persequendi iudicio, quod nobis debetur. *L. nihil, supr. de obl. et act.* Proinde utercunque petet, is est creditor. *L. creditores. infr. de verb. sig.* Porro illud certi iuris est, ut aliud pro alio solvi invito creditore non potest, quantumvis ei aliquid offeratur: *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* sic multo minus alteri solvendo liberari promissorem, ubi creditor ea solutione nihil consequatur. *L. invito. C. de solu.* Atqui, ut initio dixi, hæc Pomponii sententia est hoc loco, ita unum ex stipulato-

latoribus cum promissore agere posse, ut tamen sit in potestate promissoris fundum alteri dando effugere eius petitionem. Hinc circa hanc quoque partem dubitatio. Atque hæc pars rursum quamvis bene constituta, in eo quod sequitur novam dubitationem attulit. Quem enim Pomponius ante litem contestatam fundum alteri dare posse modo dixerat, ut liberatio obtingeret, eum deinde negat lite semel contestata amplius
14 eum fundum alteri dare posse. † Qui fit ergo, ut qui ante iudicium acceptum electionem habuit, utri daret, is eam iudicio accepto amittat, cum iudicium accipiendo nihil de suo iure remiserit? Sed et electionem solvendi reo datam usque eo retineri, donec id quod promissum est, solvatur, scriptum est in *L. qui ex pluribus. infr. eod.* Sed horum duorum paulo facilior explicatio est. Nam quod placet promissorem in proposita specie alteri fundum dando liberari, eo fit, quia hanc facultatem ex conditione ipsius stipulationis accipit, conditionem ab initio stipulationi dictam stipulator postea immutare non potest. *L. vero. §. 1. infr. de sol.* Quod autem promissor post iudicium acceptum non idem potest facere, non huius loci et stipulationis propositæ proprium est, sed ad omnem eiusmodi facultatem pertinet: itaque generaliter definiendum est, quoties promissor ex conditione stipulationis facultatem habet, ut aut alteri dando, aut aliam rem, quam quæ debetur, præstando liberetur, facultatem esse eiusmodi, ut eam promissor exercere possit, quandiu litem non erit contestatus: lite autem semel contestata eam facultatem amittat, et præcise cogatur id præstare, quod in iudicium deductum est; de facultate alteri dandi, hoc loco exemplum habemus de facultate alterius rei præstandæ, eadem sententia multis locis expressa est, ut *L. si insulam. infr. eod. L. quid tamen. §. ult. supr. de recept. L. 1. supr. de pen. leg. L. cum sine. sup. quan. di. le. ce.* Et habet hæc pars non obscuram rationem, si quis hoc constituerit, quod est iuris certi, iudicio contrahi. *L. 3. §. idem scribit. supr. de pecul.* Id significat promissorem, seu reum litem cum petitore contestando se petitori obligare in hoc, ut ei præstet rem in iudicium deductam, si contigerit, ut condemnetur; hæc obligatio simplex est, nec ullam accipit potestatem aut alteri, aut aliam rem solvendi. Quo fit, ut ex hac obligatione reum oporteat rem in iudicium deductam sine ulla exceptione præstare. Sed de utraque parte amplius iterum dicendum est ad *L. si insulam inf. eod.* Meminerimus autem loqui nos de facultate aut alii solvendi, quam creditori, aut alterius rei præstandæ, quam quæ est in obligatione. Ipsarum autem rerum eligendarum facultas, quæ res stipulatione ipsa disiunctim promissæ sunt, perpetua est, et ut ante, sic post litem contestatam atque adeo post rem iudicatam perseverat eo usque donec una res aliqua ex iis, quæ promissæ sunt, solvatur. Quam recte id constituatur, et quam bene conveniat cum hoc loco, dicetur ad *L. qui ex plurib. infr. eod.*

Ad L. Filius. XI.

***Paulus* lib. II. ad Sabinum.**

Filius dum in civitate est, si stipuletur: patri reverso ab hostibus videtur adquisisse.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. stipulando patri acquirit.*
2. *An hoc obtineat in filiofamilias stipulante, quo tempore pater ab hostibus captus est.*
3. *Iuris postliminii effectus.*

1 Filius, qui in potestate est, stipulando patri acquirit secundum distinctionem bonorum traditam in *§. infr. Inst. per quas pers. nob. ac.* sed acquirit hac conditione, si sit in potestate patris, cum stipulatur. *L. si filiusfamilias. 78. in prin.*
2 *infr. eod.* † Hoc iure posito, si proponatur filius is, cuius pater ab hostibus captus est, stipulatus esse in civitate, et in eo veritatem naturæ, ac rei gestæ sequamur, consequens erit stipulationem patri, quamvis postea ab hostibus reverso, non acquiri. Verum est enim filium, cum stipulabatur, non fuisse in patris potestate, si quidem captus pater servus fuit hostium. *L. adeo. supra. de acq. rer. do.* qui autem in alterius potestate est, is in potestate alios habere non potuit. *L. sic eveniet. infr.*

infr. ad leg. Iul. de adul. Sed placuit ni-
hilominus patri reverso acquiri, quodcun-
que filius, dum pater apud hostes esset,
3 acquisisset. † Id facit ius postliminii: quo iu-
re qui reversus est ab hostibus, perinde
habetur, ac si nunquam captus esset, eo-
que iure atque conditione et potestatem in
liberos, et pristina iura omnia quasi nec
amissa recipit. §. *si ab hostib. Inst. quib. mo. ius pat. pot. sol. L. retro. L. bona*, §. *quod si filius, infr. de captiv.*

Ad L. Si ita stipulatus 12.

Pomponius lib v. ad Sabinum.

Si ita stipulatus fuero: *Decem aut quinque dari spondes?* quinque debentur, et si ita *kalendis Ianuariis vel Februariis dari spondes?* perinde est quasi kalendis Februariis stipulatus sim.

SUMMARIA.

1. *Lex interpretationis in stipulatione ambigua, aut obscura.*
2. *Pluribus corporibus certis disiunctim promissis electio est debitoris.*
3. *In pluribus summis disiunctim comprehensis, minimum: in pluribus temporibus, longissimum pro commodo promissoris in stipulationem deductum intelligitur.*
4. *Stipulator plurium summarum, quomodo tuto petat.*
5. *Diversitatis ratio in pluribus corporibus, summis, et temporibus.*

1 IN stipulatione ambigua, aut obscura hæc
lex interpretationis placuit, ut cum quæritur quid actum sit, verba pro promissore contra stipulatorem interpretanda sint, tradita in *L. stipulatio ista.* 38. §. *in stipulationibus. L. quidquid.* 99. *infr. eod.* Cui consequens est, ut si stipulatione illud aut illud comprehensum sit, sive disiunctio exprimatur verbis, sive verbo ambiguo significetur, semper probandum sit electionem esse promissoris, ut sumatur, videlicet, quod ipsi prosit, stipulatori noceat. Quæ lex et in omnibus debitoribus servatur. L. *si ita relictum.* 43. §. *ult. supr. de leg.* 2. *L. plerunque. in* §. *ult. supr. de iur. dot.* §. *huic autem. Inst. de actio.* Ex his principiis hæc nata sunt, cum in pluribus corporibus certis, tum in summis, et pluribus temporibus disiunctim in obligationem deductis,
2 ut † pluribus quidem rebus disiunctim pro-
missis electio sit debitoris, quam det; dicta *L. plerunque. in fin. de iure dot.* sed, ita ut hæc illi electio permittatur; quam ob id illi servare oporteat agendo, dum illud aut illud petitur, quemadmodum et promissum erat.
3 *d.* §. *huic autem. de act.* † Pluribus autem
summis eodem modo promissis puta decem, aut quindecim, non electio debitoris in futurum exspectetur, sed iam ab initio statuatur minimam deberi: idemque recipiatur in pluribus temporibus disiunctim comprehensis, ut iam nunc comprehensum intelligatur, quod est longius, quod hic traditur, et L. *si ita stipulatus*, 109. *infr. eod.* scilicet quia et in tempore minus est longiore die solvere, propter facultatem dandi, et interusurium medii temporis. §. *item si. Inst. de fidei.* §. *plus autem, illic, tempore, Inst. de act.* † Et ideo nihil facit contra 4
stipulationem stipulator, si ex duabus summis disiunctim promissis certam petat, dum petat minimam. Neque vero obscura ratio est cur in corporibus certis alternatim promissis incertam velimus esse electionem, quam ob id permittamus reo; in summis autem et temporibus certum definiamus, quod ex pluribus stipulatione comprehen-
datur. † In corporibus namque propter va- 5
rietatem specierum, et eas nanciscendi facultatem, tum affectionem nostram de unaquaque multa accidunt, cur promissori facilius sit et commodius, certe magis ex eius sententia dare id, quod maius videatur; contraque ut det difficilius, quod nobis videatur minus. Quid autem ei in re sua commodum sit, aut incommodum, ipsius arbitrio et computationi permittendum est, nec illi præscribendum, quomodo iure suo utatur, quidve in eo metuat, aut non metuat, arg. *L.* 4. *in fin. supr. ad Treb.* In summis vero et temporibus diversis res dubitationem non habet natura, quin sit commodius, et melius minorem summam dare, quam maiorem; longiore die debere,

quam

quam citiore; nec dubium est, quin electurus sit quisque, quod sibi sciat esse melius. Quare ex eo, quod in voluntatibus et electionibus hominum non corruptis certum habetur, ius sumptum est, in summis minimum, in temporibus longissimum pro commodo promissoris, ut iam ab initio electum, ita et in stipulationem solum deductum intelligitur.

Ad L. Qui ante. 13.

Ulpianus lib. XIX. ad Sabinum.

Qui ante kalendas proximas stipuletur, similis est ei qui kalendis stipulatur.

SUMMARIA.

1. *Calendis et ante Calendas re vera diversa esse: ex usu idem valere.*
2. *Vis verborum intra Calendas, et post Calendas.*
3. *In stipulatione nihil interesse, utrum Calendis dari, an intra Cal. quis stipuletur.*
4. *Qui post Calendas stipulatur, præteritis Cal. statim petere potest.*
5. *Verba* L. Anniculus. de verb. sig. *declarata.*

JUS certum est diem stipulationibus adiici posse; quod in diem promissum est, ante quam dies non solum venerit, sed etiam præterierit, peti non posse. §. *in diem. Inst. eod. L. eum qui Calendis.* §. 1. *infr. eod.* Sed prius de die adiecto constare debet: cuius quia interdum dubia significatio est, ideo de plerisque formulis, quibus tempus comprehensum est, in hac parte queri solet. Hinc illæ dubitationes in hoc genere; quod tempus contineri intelligatur, si quis promiserit se hoc anno, aut hoc mense daturum: de quo in *L. qui hoc anno.* 42. *infr. eod.* si promiserit se daturum, cum Titius ad annum vicesimum pervenisset: de quo in *L. non putabam. supr. de cond. et dem.* si promiserit daturum se non Calendis, quod dubitationem non habet, sed *ante Calendas*; de quo hic scriptum est.
1 † Ac de eo id traditur, quod prima fronte longe secus potuit videri, eum nimirum, qui ante Calendas stipuletur, similem esse ei, qui Calendis stipuletur, idest, videri Calendis stipulatum, quo significatur quemadmodum cum ante Calendas promissum est, ipsis Calendis agi non potest; *d.* §. *in diem. inst. eod.* sic nec posse agi ab eo, qui ante Calendas stipulatus fuerit. Atqui vis verborum longe aliud exigere videbatur; certum est enim non peti ante Calendas, quod petitur ipso die Calendarum: cum ideo dicatur quid fieri ante Calendas, quia Calendæ sequantur; ut totum illud tempus, quod est ante Calendas, sit prius tempus, Calendæ posterius; nunquam autem quod posteriore tempore fit, priore fieri intelligitur, aut etiam potest. Sed usus obtinuit, ut hæc idem valeant, Calendis, et ante Calendas: neque id sine magna, et certa ratione. Re vera enim non fit ante Calendas, quod fit Calendis, si ante Calendas sic accipimus, ante Calendas cœptas. Sed si intelligimus ante Calendas finitas, sine dubio qui stipulatur ante Calendas dari, intelligitur stipulari Calendis; quia hac posteriore formula interpretatione iuris recepta intelligitur quis stipulari Calendis finitis; dicto §. *in diem Inst. eod.* Iam vero hoc posterius accipi, in stipulationibus præsertim, conveniens est ei regulæ iuris, quæ supra in *L. præced.* tradita est; quia est videlicet pomissori commodius. Qua ratione, si nobis constare volumus, dicendum est eum, qui promittit se ante annum daturum, eodem loco habendum esse, ac si se hoc anno daturum promisisset; scilicet ut utrobique nisi exacto anno non teneatur; dicta *L. qui hoc anno. infr. eod.* Quod si in libertate relicta dixerimus eum, qui anno duodecimo post quam testator mortuus est; liber esse iussus est, principio duodecimi anni statim liberum fore, ut responsum est in *L. si ita.* 41. *in princ. supr. de ma. test.* etiam tum maxime libertate ante duodecimum annum relicta idem admittemus: sed isto modo confirmabitur magis semper utroque sermone idem significari. † Quid illa, de qui- 2
bus a plerisque dubitatur, et de quibus hoc loco quæsitum est, illa, inquam, intra Calendas, et post Calendas, quam significationem habent? Et videri potest consulto factum, ut de his nihil aperte definiretur hoc loco, et alibi, uti de illis verbis factum est, *ante Calendas*, quia vis horum verborum satis ipsa se ostenderet.

Illud quidem mihi dubitandum non videtur, quin his verbis idem contineatur, quod *Calendis.* Quid est enim in illis, quod eandem vim et potestatem Calendarum non exprimat? Intra Calendas eodem modo dicitur, ut intra ædes, intra urbem. Ut igitur intra urbem fit, quod fit in urbe; intra ædes, quod in ædibus: sic intra Calendas fieri dicitur, quod fit in ipsis Calendis; quasi dicas intra septa et ambitum Calendarum, ut eleganter disserit Aul. Gellius, *lib.* 12. *cap.* 13. Idque consuetudo loquendi sic usurpat. Itaque in edicto successorio, quod dicitur bonorum possessio intra dies centum peti posse, sic intelligitur, ut et ipso die centesimo possit peti. *L.* 1. §. *si intra*, *supra*, *de suc. edic.* Ergo Calendis liber esse iussus, quia dies heredis caussa adiectus est, ante Calendas liber non erit, sed dies expectandus est, et liber erit ipsis Calendis. L. 4. §. *si ex die. supra. de fid. lib.* Idem dicendum est, et si iussus erit liber esse intra Calendas. Nam ante Calendas ideo liber non erit, quia his verbis, intra Calendas, non significatur intra spatium, quod intercedit hinc usque ad Calendas ipsas; sed intra Calendas solum, quo die præcedens tempus non continetur. At enim intra annum liberum esse iussum placet statim liberum esse, *d. L. si ita fuerit*, *in fi. de man. test.* Non sunt hæc similia; nam Calendæ nihil, nisi Calendarum diem habent, annus omnes eius anni dies continet; itaque intra annum liber esse iussus, omnibus eius anni diebus liber esse iussus est, eoque et initio anni, id est, primo quoque die liber est. Sed ne hoc propter verbum, *intra*, additum fieri putemus; idem fieret, etsi servus liber esse iussus esset certo anno. Ut puta, liber esse iussus est anno duodecimo post, quam testator mortuus erit; in principio duodecimi anni liber futurus est non aliter, quam si iussus esset liber esse intra annum duodecimum. Ut autem concedamus in libertate danda aliud valere Calendis, aliud intra Calendas:
3 † certe hoc tenendum est, in stipulatione nihil interesse, utrum stipuler Calendis dari, an intra Calendas. Qui promittit intra Calendas, et Calendis dare potest, et citra seu ante Calendas; esto: sit id etiam ex significatione verborum. At pariter utrumque facere potest, et qui promisit Calendis, ut dicetur ad *L. eum qui Calendis.* §. 1. *infr. eod.* Illud vero, post Calendas, quid significat, nisi post Calendas finitas? Atqui hoc ipsum stipulari intelligitur, qui stipulatur Calendis, si verum est ex hoc sermone nihil peti posse, nisi Calendis præteritis, ut supra diximus §. *in diem. Inst. eod.* † Ergo qui post Calendas stipulatur, 4
præteritis Calendis statim petere poterit, ut posset, si stipulatus esset Calendis; neque enim video, quomodo defendi possit, quod quidam putant, hunc finitis etiam Calendis, tamen postridie Calendarum adhuc agere non posse, sed tantum sequenti altero die; quasi stipulatus post Calendas, stipuletur sibi dari proximo die, qui insequatur Calendas; quod non ita est. Nam qui stipulatur post Calendas certas, is post eas Calendas pure, idest, sine die et conditione stipulatur; quo fit, ut et postea præsenti die, et statim possit petere §. *omnis. Inst. eod. d. L. eum qui Calendis.* §. 1. *infr. eod.* † Nec dubito, quin 5
de his verbis hoc ipsum expresserit Paulus, quod diximus in *L. anniculus*, 132. *infr. de ver. sig.* cum ita scribit: et consuetudo loquendi id ita esse declarat. Ante diem decimum Calendarum. Post diem decimum Calendarum; neutro enim sermone undecim dies significantur. Significat et illis verbis, ante diem decimum Calendarum, ipsum decimum contineri; et istis, post diem decimum Calendarum, non amplius contineri, quam decimum: ut sic utraque oratione pariter decimus dies non undecimus intelligatur. Hæc de vi et significatione superiorum verborum dicta sunt, ut constet in diei adiectione quam longum, aut breve tempus sit comprehensum. De effectu diei et iure dicemus postea suo loco; agitur de eo in *d. L. eum qui Calendis*, §. 1. *infr.*

Ad L.

Ad L. Si ita stipulatus XIV.

Pomponius lib. v. ad Sabinum.

Si ita stipulatus essem abs te, *domum edificari?* vel heredem meum damnavero insulam ædificare: Celso placet, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset quo insula ædificari posset; nec fideiussores dati ante diem tenebuntur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio faciendi pura, quando committatur.*
2. *Quæstio huius L. propria, et dubitandi ratio.*
3. *Definitio Celsi et Pomponii, eiusque ratio.*
4. *Contraria Ulpiani sententia in L. stipulationes non dividuntur.* §. *ult.* infr. *quomodo in concordiam adducenda.*

1 STipulatio faciendi inter alias plerasque eiusdem generis verbis pura, ex re ipsa dilationem capere dicitur: ut scilicet tunc ex ea incipiat actio, cum transierit tantum temporis, intra quod fieri possit, quod promissum est: veluti si quis domum ædificari stipulatus sit. *L. interdum.* 73. *infr. eod.* In quo duo dici intelliguntur: nimirum et eo tempore transacto statim agi posse; et nondum transacto agi non posse. An postquam præterierit id tempus, statim agi possit, hoc loco non quæritur; ac ne alibi quidem; quia de eo non fuit controversia. Quin post id tempus statim agi posse constanter traditum est, nec usquam ad eam rem desiderari creditoris interpellationem legimus; de quo tamen amplius ad dict. *L. interdum. infr. eod.* Hoc habuit dubitationem, an interdum agi posset prius, quam id tempus præteriisset; non quod dies nominatim adiectus non sit, quasi ob hanc caussam videri debuerit pura stipulatio; semper enim constitit huic obligationi natura diem inesse, antequam res confici non posset: *L. insulam.* §. 1. *supr. loc. L. quoties. supr. de oper. libertor.* sed quia accidit interdum, ut etiam multo ante, quam illud tempus præterierit, certum esse incipiat intra id spatium, quod natura satis esse poterat, rem effici non posse: veluti si is, cui anno opus erat ad insulam ædificandam, totos sex menses in ea inchoanda cessaverit, ut ei sex tantum menses ex iusto spatio supersint: intra quos
2 certum est insulam ædificari non posse. † Hoc igitur quæritur, an saltem tunc statim agi possit, nec necesse sit exspectari donec annus præterierit. Movet, quod in omnibus faciendi obligationibus verbis promittitur factum: re tamen ipsa et interpretatione iuris recepta, promitti intelligitur pecunia, seu id quod interest, sub conditione si non fuerit factum, quod fieri debuit. Hanc quidem pecuniam in hoc genere stipulationum ista ipsa conditione deberi scriptum est in *L. stipulationes non dividuntur*, *vers. Celsus*, *infr. eod.* et ut sciamus ideo deberi, quia promissa intelligatur, dicitur id quod interest, stipulatione faciendi contineri, adeoque in stipulationem venire. *L. quoties quis.* 81. *L. si pœnam.* 68. *infr. eod.* Ex quo intelligitur in hoc genere stipulationem esse pecuniæ, seu eius quod interest, quæ conditionem habeat in non faciendo positam, si quid factum non sit videlicet. Porro quæ sub huiusmodi conditione contractæ sunt stipulationes, eas tum committi constat, cum certum esse cœpit amplius fieri non posse, quod conditione comprehensum erat, quia et tunc conditionem extitisse certum est. *L. ita stipulatus. inf. eod.* Id in proposito cum accidat multo ante id tempus, quo insula ædificari potuit, cur dubitemus etiam tum statim agi posse? hæc huius loci quæstio, et dubitatio est. † Adversus quam hic 3
de sententia Celsi et Pomponii definitum est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula ædificari posset; nec fideiussores ante eum diem teneri. Quod sine dubio sic interpretandum est, ut ante agi non possit, etiam si iam ante insulam ædificari non posse constaret. Recte Celsus: pertinet enim hæc caussa ad definitionem *L. illa.* 8. *supr.* ut dicamus stipulationem eius quod interest, et conditionem habere, et diem. Quod ad conditionem attinet, commissam esse stipulationem faciendi, simulatque exploratum esse cœperit insulam intra tempus constitutum ædificari non posse: sed impleta conditione superesse adhuc diem ædificandæ insulæ præstitutum; is creditori exspectandus est secundum regulam de obligationibus in diem contractis traditam. Conveniunt in eandem sententiam cum hoc loco *L. existimo* 98. §.

98. §. *ult. L. insulam.* 124. *infr. eod. L.*
4 *quoties. supr. de oper. lib.* † Sed videtur huic sententiæ contraria esse sententia Ulpiani, quæ traditur in *L. stipulationes non dividuntur.* §. *ult. infr. eod.* Illic enim diserte scriptum est, in hac ipsa stipulatione insulam ædificari, non esse expectandum, dum prætereat tempus, quo insula ædificari potest; sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, et tempus obligationi cedere. Dissensit a Celso Ulpianus, inquies: hic Sabinum secutus dissentiens a Celso, quem constat ex Proculianis fuisse. Hoc quidem obiectionem confirmare est, non diluere. Non ita nos facere Iustinianus iubet in interpretatione legum, et eorum locorum, qui ex veteribus in Pandectas et Codicem relati sunt: in quibus negat quidquam esse contrarii: certe ita interpretari iubet, ut quodcunque ad conciliationem facere probabiliter videri potest, id, tanquam sit ex mente ipsorum auctorum, sumatur, quasi non ab auctoribus scriptum, sed a Iustiniano, qui in hac compositione Digestorum et Codicis omnia sua fecit. *L.* 1. §. *omnia. L.* 2. §. *contrarium. C. de vet. iur. enucl.* Sed frustra iubet id fieri Iustinianus, dixerit aliquis, si auctores inter se dissentire constet. Quid ergo, si probetur Ulpianum idem in hac re cum Celso sensisse? Atqui nihil est facilius, quam hoc ostendere ex aliis locis. Nam quæ hoc loco Celsi sententia est, ante quam nimirum tempus faciendi præterierit, agi non posse, eadem fuit Iuliani relata in *d. L. quoties. supr. de op. lib.* At Ulpianus huius ipsius de die tacito exspectando prius, quam agatur, sententiam nominatim probat in L. 2. §. *qui ita. supr. de eo. quod cer. loc.* Agit quidem illic de eo, qui promisit se certo loco, puta Ephesi, daturum, non facturum, quem, ait, perperam conveniri ante diem, quam Ephesum pervenire possit: sed addit rationem ex sententia Iuliani, quam intelligimus plane huc pertinere; *quia, inquit, et Iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse: adeo ut eum, qui Romæ stipuletur, hodie Carthagini, dari, inutiliter putet stipulari.* Atqui et in faciendi obligationibus non magis ex Iuliani, quam omnium veterum sententia inest tempus intra quod fieri potest, quod promissum est, ut supra dixi. Quare qui hoc in loco exspectandum esse vult ex Iuliani sententia, is multo etiam magis eum ipsum diem in facto promisso exspectari velle iudicandus est. Postremo quid, si verba huius loci, et *d. L. stipulationes non.* §. *ult. infr.* ita scripta sunt, ut sententia utriusque loci retinere possit: cur malumus in his nescio quam auctorum dissensionem incertam nobis fingere, quo alteram sententiam ex his repudiemus contra voluntatem et præscriptum Iustiniani, ut ne idem fortasse cum aliis sensisse videamur, quam id sumere, quod ad istorum locorum concordiam recte facit, et nihilominus per se verum est, quo facto simul et veteribus, et Iustiniano ita fieri iubenti sua auctoritas et dignitas conservatur? Et vero ita facere debemus. In quo ut nihil verius, ita nihil est ad verborum sententiam aptius quam quod ad conciliationem horum locorum ab interpretibus vulgo receptum est, ut cum ante tempus, quo insula ædificari potuit, certum esse cœpit eam amplius intra id tempus ædificari non posse, statuamus utrumque vere dici, et nondum ex ea caussa agi posse, et simul agi posse; sed interesse, qua de re posse agi, aut non agi velimus, et auctores intelligant. Agi non potest antequam tempus præterierit, quo insula ædificari possit, ut hic scriptum est. Sed additur *ex ea caussa*: quod sic interpretandum est, ut agi non possit ob insulam non ædificatam: hæc enim caussa versatur in stipulatione: hoc autem significat agi non posse in id, quod stipulatoris interest insulam ædificatam non esse. Hoc est verissimum: neque id unquam negaret Ulpianus, quinimo id ita esse satis confirmat alibi, cum ante diem, qui stipulationi tacite inest, perperam agi scribit. *d. L.* 2. §. *qui ita. de eo, quod cer. lo.* At nihilominus et antequam id tempus præterierit, quo insula ædificari potuit, agi potest, si mora faciendæ insulæ fieri cœperit ut scriptum est in *d. L. stipulationes non.* §. *ult. infr.* Et hoc verum est non minus: dummodo hoc explicetur, qua de re, et quatenus agi posse Ulpianus intelligat. Hic autem intelligere eum existimare debemus, non superius illud, quod nunquam diceret; sed id, de quo vera ratio docet, agi posse, et alii loci idem aperte declarant, et verba adeo ipsa Ulpiani sentire eum satis ostendunt. *Agi potest statim*, inquit, *ubi iam cœpit mora faciendæ insulæ fieri*: nempe ob hanc ipsam moram factam, idest, ob insulam a promissore in tempore non inchoatam, et in tantum agi, quanti ob eam caussam stipulatoris interest. Id ita fieri debere ne Celsus quidem ipse, aut Pomponius negent; quando id eadem ratione nitatur prorsus, qua istorum sententia, quæ hoc loco traditur. Nam qui promittit se insulam ædificaturum, idem et se inchoaturum

pro-

promittit. Ut igitur cum tantum tempus præteriit, quo insula potuit ædificari, agi ob eam non ædificatam omnium consensu potest, quia post diem agitur: ita cum id tempus præterierit, quo potuit, et debuit inchoari, si vellet promissor intra tempus constitutum eam perficere, etiam ob eam non inchoatam statim agi posse necesse est. Confirmatur præterea id ita faciendum esse in *L. continuus. item qui insulam. infr. eod.* verba sunt Venuleii de eo, qui insulam fieri spopondit: *item si non inchoetur opus, id tantum æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit.* Quæro, a quo id æstimabitur? a iudice nimirum, apud quem de insula non inchoata agetur. Quando agetur? nempe statim, ubi opus inchoatum non est; nam si tum ageretur, cum præteriisset totum illud tempus, quo insula ædificari posset, non æstimaretur id solum, quod primo illo intervallo effici potuit; sed totum opus, quod intra tempus legitimum fieri potuisset. Postremo cum Ulpianus dicit agi posse, *ubi iam cœpit mora faciendæ insulæ fieri*, an hoc quisquam sic acciperet; ut de toto opere agere liceret? Minime, opinor; sed ita, ut propter quam caussam agi posse dicit, hac ipsa cessante intelligamus agi non posse. At opere non inchoato mora tantum sit in eo, quod præteriit, non in eo, quod fieri potest; futuri enim operis dies nondum venit; ante quem mora a promissore fieri non potest. *L. cum filiusfam.* 49. §. *ult. infr. eod.* Ita vel his ipsis verbis Ulpianus de futuro opere, cuius dies nondum præteriit, se non sentire satis aperte declarat. Restat igitur, ut hoc sentiat, quod supra posuit, simul atque mora faciendæ insulæ fieri cœpit, agi quidem posse, sed ob insulam non inchoatam. Et hoc est; si ante, quam præterierit tempus, quo insula ædificari potuit, certum esse cœperit eam ædificari non posse, non ideo stipulator agere poterit in id, quod sua interest insulam esse ædificatam, tametsi conditio stipulationis, qua id quod interest promissum est, exstiterit: non enim hic sola fuit conditio, sed etiam dies ædificandæ insulæ constitutus, qui nondum præteriit: sed potest agere in id, quod sua interest insulam inchoatam esse, quia et conditio stipulationis extiterit, et dies inchoandæ insulæ idoneus præterierit. Hoc autem quod interest insulam inchoatam esse, multum ab eo distat, quod in totum insulam ædificatam esse interest. Si quod est commodum perfectæ insulæ, si quod non perfectæ incommodum, idest, quod insulam ædificari nostra interest. *L. si commissa. infr. rem rat. hab.* huius commodi aut damni æstimatio ea est, quam peti non posse dicimus prius, quam id tempus præterierit, quo insula potuit ædificari. At si quod est iam nunc incommodum ob non inchoatam, hoc illud est, quod insulam inchoari interest nostra, cuiusmodi est, si calx, arena, aut cæmenta, vel imbribus, vel inundatione, vel alio quo casu corrupta sint, quæ nobis salva esse poterant, si suo tempore in ædificium coniecta essent. Hoc damnum est, cuius nomine statim agi posse dicimus, ubi præteriit tempus, quo insula potuit inchoari, et debuit. Hæc distinctio, etsi omnes alii loci nos deficerent, tamen manifesta ratione æquitatis, et conceptione ipsa verborum stipulationis defenditur. Quam autem et prudentiæ veterum, et verbis superiorum locorum conveniat, apparet.

Ad L.

Ad L. Et ideo 15.

Idem lib. XXVII. ad Sabinum.

Et ideo hæsitatur, si aliqua pars insulæ facta sit, deinde incendio consumpta sit: an integrum tempus computandum sit rursus ad ædificandam insulam: an vero reliquum dumtaxat expectandum quod deerat. Et verius est, ut integrum ei detur.

SUMMARIA.

1. *Incendium operis inchoati an liberet promissorem, quo minus insulam ædificet.*
2. L. Martius, supr. Loc. *explicata.*
3. *In insulæ redintegratione quantum temporis dandum sit promissori ad opus extruendum, prius quam ex stipulatione agi possit.*
4. *Exceptio a Iure, quo traditur: in quibus stipulationibus opus faciendum promittitur, tempus ex die stipulationis cedere.*

1 QUi promiserat se domum ædificaturum, inchoavit insulam, et opus, quod iam factum erat, incendio aut alio casu aliquo absumptum est. Non ideo liberatur promissor, quominus insulam ædificet. Opus inchoatum absolvere non potest; sed non promisit se id prosecuturum promisit se ædificaturum insulam; ac nunc etiam ædificare potest, ut ante: proinde hoc ipsum agere, et novam etiam nunc instituere insulam debet. Et hoc quidem pro confesso hoc loco sumitur, neque negatur in *L. Martius. supr. loc.* quem locum quidam pro
2 contrario accipiunt. † Quod enim illic dicitur in ea ipsa specie facti, quæ hic proponitur, periculum esse non eius, qui redemit insulam faciendam, idest, promissoris, qui insulam ædificandam recepit, sed locatoris, idest, eius, qui ut ædificetur sibi cavit: non significat promissorem post partem insulæ absumptam non debere amplius insulam ædificare, sed non debere eum insulam redintegrare periculo suo, idest, suis sumptibus. Quod et verum est: neque enim casum fortuitum redemptor præstare debet. *L. contractus. in fin. infr. de regul. iur.* Sed non ideo ita liberatur, quin insulam adhuc exstruere debeat, sumptibus tamen, et periculo locatoris. † Hoc
3 posito, quod erat extra controversiam, quæsitum est in hac redintegratione insulæ, quantum temporis dandum sit promissori ad id opus extruendum prius, quam ex ea stipulatione agi possit; utrum integrum, quantum satis sit ad exstructionem insulæ; an vero id solum reliquum tempus, quod supererat ex eo tempore, quod ab initio satis fuit ad insulam inchoatam ædificandam, ut sic in eo tempore etiam computetur id, quod præcessit ex die inchoatæ prioris insulæ: hæsitatur hic ex eo, quod lege præcedente significatur tunc agi posse ex hac stipulatione, cum tempus præteriisset, quo insula ædificari posset: præterierit enim totum hoc tempus, si solum, quod reliquum erat ad cœptam insulam perficiendam, id demus, quia et totius illius temporis pars altera iam ante præterierat. Sed placuit integrum tempus dandum esse, et recte. Tempus enim ad ædificandum idoneum ex eo opere, quod instituitur, æstimandum est. Ad priorem insulam, quæ cœpta erat, satis esset id tempus, quod diximus, si quidem promissor in eo opere, quod cœperat, perseverasset. Nunc autem instituitur nova insula: necesse est ad eam tantum dari, quanto ad eam extruendam est opus. In his enim dilatio ex re ipsa nascitur. *d. L. interdum. inf. eod.* Res autem de qua agitur, natura nisi intra novum spatium idoneum et integrum perfici non potest. Summa est: quod tempus promissori dandum est ad insulam ab initio ædificandam, idem dandum est ad insulam redintegrandam, si forte aliquis casus insulæ partem, quæ iam facta erat, abstulerit. Non computabitur in eo tempus, quod præcessit a tempore stipulationis: quia id tempus iam nullum est, et ad id opus, quod postea secuturum est, faciendum est inutile. Neque vero promissori nocere debet, quod id præteriit, et amissum est. Amissum est enim casu. Casus fortuiti, ut ante dixi, nullo iudicio præstantur, *d. L. contractus. infr. de reg. iur. L. quæ fortuitis. C. de pig. act. L. 5. §. nunc videndum. supr. com.* † Discamus hinc, quod dicitur in *L. quoties, supr. de op. lib.* 4
in his stipulationibus, in quibus opus faciendum promittitur, tempus cedere ex die stipulationis, accipiendum esse cum hac exceptione, nisi pars inchoati operis casu absumpta sit ita, ut redintegrandum sit opus promissori. Quod si fit, intelligemus tempus illi cedere ex die operis redintegrandi.

Ad L.

Ad L. Si Stichum. 16.

Idem libro VI. ad Sabinum.

Si Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex aliqua caussa; reliquum debetur mihi a te.

SUMMARIA.

1. *Pluribus rebus disiunctim promissis refert, exstent adhuc in rerum natura omnes, quæ stipulatione comprehensæ sunt, nec obligatione liberatæ sint: an una ex his esse desierit, vel obligatione exempta sit.*
2. *Rebus pluribus disiunctim promissis unius solutione, acceptilatione, novatione et pacto de una re non petenda facto, tota solvitur obligatio.*
3. *Quid si una res ex pluribus, stipulatoris facta sit. et* n. 6.
4. *Explicantur verba* L. Reliquum deberi.
5. *Verba* L. ex aliqua caussa, *generaliter accipi tam de caussa onerosa, quam lucrativa.*
7. *An alterius rei, quæ stipulatoris facta est pretio oblato promissor liberetur.*

Cum quæritur, in stipulationibus quid debeatur, dubitationem afferunt præcipuæ illæ stipulationes, in quibus res plures promittuntur aut disiunctim, veluti Stichus, aut Pamphilus, aut collectim verbo communi, aut generali: ut est homo, bos, equus. Nam cum in his res una præstanda sit ex pluribus, neque ea exprimatur verbis, ideo quænam ea sit dubitari solet. Sed de pluribus rebus disiunctim promissis, de quibus exemplum hic proponitur, agamus. Ac de his diversa tempora diversas quoque
1 dubitationes pepererunt. † Alia stipulationis conditio est, cum omnes res stipulatione comprehensæ extant adhuc in rerum natura, nec obligatione liberatæ sunt: alia, cum una ex his vel desiit esse, vel obligatione exempta est. Rebus extantibus, et eodem statu obligationis manente, qui prius fuerat, quoniam ea res debetur, et præstanda est, quam unus ex contrahentibus elegerit, eo hic quæritur de eius rei electione, utrius sit, stipulatorisne, an promissoris, et utriuscunque eam esse statuerimus, quamdiu ab eo retineatur. De hac parte hic non agitur. De ea dicetur ad L. *qui ex pluribus.* 106. *infra eod.* Quod si una res ex pluribus dari posse desierit, ut si Sticho aut Pamphilo promissis, Stichus mortuus sit, aut, quod est proprium huius loci, Stichus factus sit stipulatoris: hic quæri incipit non iam de electione promissoris, sed potius de eius liberatione. Atque in eo hæc quæruntur, primum an eo modo desinat res deberi, tum si desinit, utrum ea re promissor in totum liberetur, an res, quæ superest, sola debeatur: postremo si debetur, quatenus. Re una ex pluribus promissis soluta, ut soluto Sticho, quis sit status stipulationis hic non quærimus; † hoc enim pro explorato haberi de- 2
bet, reb. plurib. disiunctim promissis unius solutione totam solvi obligationem: nec tantum solutione, sed etiam acceptilatione, novatione; eandemque et pacto de una re, non petenda interposito summoveri. L. *si unus.* §. *sed si stipulatus decem. supr. de pact.* Agitur de ea obligatione, de qua res una ex pluribus non solutione, sed alio quovis modo ex empto sit, nominatim autem quæ facta sit stipulatoris: quam constat iam amplius illius fieri non posse; quo in genere illa quæruntur, quæ modo dixi.
† Et semel omnia Pomponius brevi defi- 3
nitione, ac veluti uno verbo hoc loco est complexus, cum Sticho aut Pamphilo mihi promissis, et Sticho postea meo facto, ait reliquum mihi deberi a te. † Duobus 4
his verbis, *reliquum deberi*, significat neque obligationem ita manere, ut vetus quæ fuerat, solida supersit; neque rursum in totum esse exstinctam, cum sit adhuc ex ea, quod debeatur; sed ita eam rem, quæ stipulatoris facta est, non deberi, ut tamen altera debeatur. Ergo his verbis tres sententiæ continentur. Una est, et ea quidem prima in hac specie, si cæteras procedere volumus; hæc nimirum, cum ex pluribus rebus disiunctim promissis una stipulatoris facta est, hanc desinere amplius deberi: ut proinde consequens sit hoc quæri, ea exemptio utrumne totius obligationis, an eius tantum rei liberationem afferat. Id autem sentire Pomponium, quod dixi, *reliqui* verbum, quo utitur, satis declarat. Non est enim reliquum, nisi quod priore detracto, aut sublato relinquitur. Quod si is servus, qui meus stipulatoris factus est,

etiam

etiam nunc debetur, dicendum fuit, non
reliquum deberi mihi a te, sed utrumque,
ut prius. Sed res dubitationem non habet,
si cum stipulatus essem Stichum, aut Pam-
philum ex caussa lucrativa, Stichus postea
meus factus sit ex caussa alia lucrativa. Ut
enim si deberetur solus ex lucrativa caus-
sa, et eum ex alia item lucrativa nactus
essem, continuo liberaretur debitor, quia
iam amplius mihi Stichus is dari non pos-
set, nec quidquam mihi abesset eius no-
mine. L. *omnes debitores. supra de obl. et
act.* de qua specie liberationis dicetur ad
L. *inter*, §. *si rem. infr. eod.* ita et si dis-
iunctim debeantur Stichus et Pamphilus ex
lucrativa caussa, necesse sit eum ipsum Sti-
chum ex caussa lucrativa meum factum,
amplius ex ea stipulatione deberi non pos-
se. Sed quoniam non idem fieret, in uno
Sticho debito, si is ex caussa onerosa meus
factus esset, L. *ex promissione. supr. de
obl. et act.* ideo hic dubitatur, an et tunc,
cum Stichum aut Pamphilum sum stipula-
tus, si forte Stichus meus factus sit ex
caussa onerosa, puta emptus, ne sic qui-
5 dem desinat mihi deberi. † Pomponii ver-
ba significant, quacunque ex caussa meus
sit factus, eum desinere ex proposita sti-
pulatione disiunctiva deberi; ait enim, *si
alter ex eis meus factus sit ex aliqua caus-
sa*, nihil distinguens, videlicet, ex qua,
atque adeo nihil id ad definitionem perti-
6 nere existimans, dum modo *ex aliqua.* †
Ergo etsi ex caussa onerosa meus factus
sit, hic deberi desinet. Quod et verum est;
nam quomodo cum meus esse cœperit, am-
plius mihi dari, id est, meus fieri potest?
§. *sic itaque. Inst. de act.* Atqui certi iuris
est, sive res debita ex caussa non lucrati-
va mihi debeatur, sive ex caussa non lu-
crativa mea fiat, obligationem non tolli,
sed actiones integras mihi manere; *d. L.
ex promissione. supr. prox. tit.* Sed hoc
in una re debita recte placuit, dum hoc
agitur, ut consulatur stipulatori, consequa-
turque is, si minus rem, quæ iam illius
facta est, at certe pretium rei, quod illi
ex caussa onerosa abest: quod facit, ut res
quoque ei quodammodo abesse videatur,
ut dicemus pluribus suo loco. Quod si ni-
hil interesset eius æstimationem consequi
eius rei, quæ illius facta est, sine hæsita-
tione obligationem tolli diceremus, neque
discederemus a regula communi, quæ di-
ctat, cum res in eum casum recidit, a quo
incipere non potest, extingui obligationem.
L. pro parte. supr. de ser. L. inter, §.
sacram. infr. eod. Constat autem non pos-
se nos ab initio rem nostram stipulari. *L.
nemo* 82. *infr. eod.* Non eadem caussa
est, cum ex duabus rebus disiunctim pro-
missis, una mea facta est ex caussa etiam
onerosa; habeo enim alteram ex duabus,
quam recte petam; eius autem, quæ mea
facta est, nihil interest mea æstimationem
consequi: propterea quod si melior est ea,
quam peto, non est, cur laborem de alte-
rius æstimatione, si promissor eam det, quæ
petitur: sin vilior, tamen frustra eius, quæ
mea facta est, æstimationem desiderem;
cum sit in potestate promissoris etiamsi
meæ æstimationem petam, tamen eam quæ
reliqua est, dare potius. Si hoc in re,
quæ mea facta est, quamvis ea adhuc ex-
tet, placuit: non est mirum, si idem re-
ceptum sit, cum una ex duabus rebus di-
siunctim promissis, aut periit, aut desiit
esse in hominum commerciis. *L. Stichum.
in prin. infra de sol.* ut generaliter definien-
dum sit, cum illud aut illud stipulamur,
quocunque modo fiet, ut una ex rebus
promissis desinat posse stipulatori dari, hanc
eximi obligatione, omninoque aut nihil ex
ea stipulatione, aut solam reliquam debe-
ri. Sequens ergo quæstio erat, una re hoc
modo obligationi subducta, utrum tota
solveretur obligatio, an ea res sola debe-
ri desineret. Et hic altera illa sententia
est, hanc deberi desinere; cæterum ma-
nere obligationem, cum subiiciatur *reli-
quum deberi.* Ex quo intelligimus, quid
intersit in huiusmodi obligationibus, utrum
res una ex solutionis caussa facta sit stipu-
latoris, an vero ea sit exstincta, aut ex
alia caussa stipulatoris facta deberi desie-
rit; cum, ut dixi, unius solutione tota
obligatio tollatur: *dict. L. si unus. §. sed
si stipulatus decem. de pact.* non item si
alio modo desinat deberi. At quamob-
rem hoc ita placuit, cum ex aliis caus-
sis non minus res fiat stipulatoris, nec mi
nus eximatur ex obligatione? Id facit in
solutione non id, quod res soluta stipu-
latoris facta sit, et statim deberi desinat;
sed quod solvatur, et accipiatur ea men-
te, ut promissor ea solutione in totum li-
beretur. Etsi enim hic duas res promisit
verbis, re tamen ipsa unam promisit, quam
daret, eam nimirum quam eligeret: pro-
misit enim sub disiunctione. Ergo hanc,
quam debuit solvendo, necesse est eum in
totum ea obligatione liberari, *Inst. qui-
bus mo. tol. oblig.* Nihil tale agitur inter
stipulantem et promittentem, ubi res alte-
ra aut casu extincta est, aut aliunde per-
venit ad stipulatorem. Ita hic ultra rem,
quam natura, aut ius sustulit, progredi li-
beratio non potest. Restat tertium, quod
hic

hic diserte positum est, si et altera res, quæ stipulatoris facta est, non debetur, et tamen non ideo solvitur tota obligatio, ut dicendum sit reliquam rem ex duabus promissis solam deberi; quod ut ex superioribus efficitur; ita vice versa hoc posito et superiora illa duo statui satis intelliguntur. Ergo quæ res reliqua est, sola peti potest, uti sola debetur. Consequens esse videri poterat et illud, ut et debitor hanc solam præstare deberet: quia iuxta regu-
7 lam iuris, aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L.* 2. §. 1. *supr. si cer. pet.* † Sed bene monent, qui dicunt promissorem, quamvis reliquum debeat, tamen liberari, si alterius rei, quæ stipulatoris facta est, pretium offerat, hoc enim fieret, etsi alter ex servis promissis decessisset. *L. cum res*, §. *sed si Stichus. supra de leg.* 1. Quod non sine summa ratione placuit. Nam promissor in hoc genere stipulationis ab initio electionem habuit, utrum daret. *L. plerunque. in fin. supra de iur. dot.* hoc ius illi semel quæsitum neque casus aliquis, neque stipulator facto suo, et hic quidem multo minus adimere potuit. *L. ult. supra de pac. L. vero.* §. 1. *infra de sol.* Nam quod dicitur invito creditore aliud pro alio solvi non posse, sic accipiendum est, nisi potestatem aliud solvendi promissor ex conditione stipulationis acceperit, *d. L. vero. de solut.* quod hic factum est.

Ad §. Stipulatio huiusmodi.

Stipulatio huiusmodi, *in annos singulos*: una est, et incerta, et perpetua: non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.

SUMMARIA.

1. *Si in annos singulos X. legentur, plura, eaque certa legata sunt, et legatarii morte finiuntur.*
2. *Secus in stipulatione; et quæ differentiæ ratio.*
3. *Effectus iuris in eiusmodi stipulationibus constituti.*
4. *Contrariam testatoris et contrahentium voluntatem ius in legato, et stipulatione diversum efficere.*
5. *De stipulatione certæ summæ in annos singulos propter operas interposita.*

1 HUiusmodi legatum, Titio decem in annos singulos, vel quotannis, vel annua dari volo, sic acceptum est, ut quamvis verbis purum sit, tamen tacite conditionem habeat; si legatarius post primum annum vivet. *L.* 4. *supr. de an. leg.* Coniectura voluntatis hinc ducta; cum enim testator ita distribuit annuas pensiones, apparet id eum facere, ut sit, quod suppetat legatario quotannis ad victum, et usus vitæ necessarios: qui si vellet legatum pro commodo et arbitrio legatarii consumi posse, poterat unam summam legare ab initio, neque necesse erat eam distribuere in certas pensiones. Quod si legatum relinquitur ad victum aut vitam, habet omnino hanc conditionem, si legatarius vivet. Hoc constituto hæc sunt de hoc legato consequentia: primum plura hic legata esse; deinde certa; postremo legatarii morte finiri. Plura sunt legata; nimirum primi anni purum, sequentium conditionale. *d. L.* 4. *de an. leg.* Id conditio adiecta facit; hoc enim efficit, ut legatum singulis annis finiatur, et idem repetatur; finitur sub conditione, si legatarius morietur: repetitur sub contraria conditione, si legatarius vivet; quemadmodum et ususfructus dicitur quotidie constitui eadem ratione, quia morte finitur. *L* 1. §. *interdum. supr. de usufr. accresc.* Eadem hæc res facit, ut in hoc genere legati non semel inspiciatur conditio legatarii, sed singulis annis: ut si legatarius primo anno sit in potestate patris, eius anni legatum patri acquirat: si deinde sequentibus annis sui iuris fiat, eorum annorum legatum acquirat sibi. *L. cum in annos. supr. de an. leg. L. cum in annos.* 10. *et* 23. *et L. nec semel. supr. quan. di. leg. ced. L. quæ. legata. infr. de verb. sig.* Idem legatum annuum certum est: quia si spectantur singula singulorum annorum legata, ut spectanda sunt, quia singula sunt singulis annis distincte attributa, necesse est omnia esse certa, cum singula certam annuam quantitatem habeant, puta decem. Idem legatum finitur morte; *d. L.* 4. *de an. leg.* quoniam habet, ut dixi, conditionem, si legatarius vivet: quo mortuo ut deficit conditio legati, ita legatum exstingui necesse est. Hoc ius de legato annuo quæstionem attulit in stipulationibus, videaturne idem probandum esse, et si stipulatus sim decem annua mihi
dari. † Et placuit in stipulatione diversa 2
esse omnia: contraria videlicet de caussa, quia

quia stipulatio huius generis nullam habeat
conditionem, si stipulator vivet. Differen-
tiæ ratio est, quod in legato annuo hæc
mens est testatoris, ut legatum in pensio-
nes certas distribuendo legatario consulat;
et qui legatario consultum vult, non item
consultum vult eius heredibus: legata enim
ob meritum legatarii in legatarium confe-
runtur, vel ob benevolentiam, quam er-
ga eum habet testator. *L. nec adiecit. et
L. seq. supr. pro soc.* quorum neutrum in-
telligitur in heredibus legatarii, ut pluri-
mum testatori ignotis. At in stipulatione
hæc mens est et cogitatio contrahentium,
ut qui sibi cavet, velit etiam cautum he-
redibus: nec aliter existimantur res geri in-
ter aliquos, nisi contra probetur. *L. si
pactum. supra, de prob.* Ergo iam hinc
hæc sunt consequentia, quæ totidem hoc
loco traduntur, stipulationem huiusmodi et
unam esse, et incertam, et perpetuam. Una
est; quia una summa semel promittitur,
plurium annorum illa quidem, sed anno-
rum tamen semel et comprehensim uno ver-
bo designatorum: quæ designatio unam sti-
pulationem facit. *L. scire. vers. stipula-
tionem. infra eod.* Si singuli anni designa-
rentur specialiter hoc modo decem primo
anno, decem secundo, decem item tertio
dare spondes? quot essent appellati anni,
tot essent stipulationes. *L. penult. in prin-
cip. infra eod.* nunc pluribus annis com-
prehensim designatis, una, ut dixi, stipu-
latio est. Non obstat quod in legato an-
nuo una summa appellatur semel et lega-
tur, et tamen plura sunt legata. Etsi enim
hic verbis unum legatum videtur: tamen
sententia testatoris plura sunt propter con-
ditionem tacite insertam, qua fit, ut le-
gatum annuum singulis annis videatur et fi-
niri, et repeti, ut supra dixi. Eadem sti-
pulatio est incerta: quia si omnium anno-
rum pensiones coniungantur, sunt infinitæ:
quod autem infinitum, idem incertum. Est
etiam incerta ideo, quia quandoque fini-
ri potest, quanquam enim natura sua est
perpetua: tamen pacto et conventione remit-
ti potest. Dicitur, et est perpetua: quia
morte stipulatoris non finitur; et ideo non
finitur, quia neque conditionem, neque
diem habet, in quam desinat. Harum re-
3 rum effectus hi sunt. † Quod dicitur una
esse stipulatio, id efficit, ut si donationis
caussa hæc stipulatio interposita sit, debeat
insinuari; propterea quod etsi singulæ pen-
siones singulorum annorum non excedant
legitimum donationis modum; tamen con-
iunctæ, quia sunt infinitæ, excedunt. et
ita constitutum est *L. sancimus. §. ult. C.
de dona.* Vulgo hunc quoque effectum esse
docent, ut in stipulatione huiusmodi semel
inspiciatur conditio stipulatoris, ut si forte
is sit in potestate patris, eam patri solidam
acquirat. *L. Senatus. §. ult. supra. de do-
na. cau. mor.* Et certe ita acquiri verum
est; sed id nihil huc pertinet: non enim
efficitur ex eo, quia sit una stipulatio: nam
etsi plures essent, et omnes conditionales:
tamen omnes patri statim acquirerentur. *L.
si filiusfam. in princ. infra eod.* Quod di-
citur esse incerta, eam vim habet, ut non
possit ex ea stipulatione agi condictione cer-
ti, sed agendum sit actione ex stipulatu.
Instit. eod. in princip. Præterea eo pertinet,
ut intelligamus ex ea stipulatione non pos-
se peti singulorum annorum singulas præ-
stationes, sed necesse esse omnium anno-
rum infinitas præstationes peti. Quod dici-
tur esse perpetua, significat eam transire ad
heredes iuxta regulam iuris constitutam in
L. veteres. C. de cont. et com. stip. † Sed 4
hæc omnia ita sunt et de legato annuo,
et de annua stipulatione, quandiu in lega-
to, et stipulatione nihil doceatur de con-
traria voluntate testatoris, aut contrahen-
tium. Cæterum interdum legatum annuum
perpetuum est, nec conditionem habet:
contra stipulatio annuæ præstationis, ut
conditionem habet, ita est temporalis. Le-
gatum huiusmodi perpetuum est, cum re-
linquitur civitati, aut eiusmodi universita-
ti, quæ sit perpetua, ut Ecclesiæ, vel, quod
idem valet, templo. *L. annua. §. ult. L.
penult. supra, de an. leg.* Idem iuris est,
si testator decem Titio dari voluit, et no-
minatim eius heredibus; significantur enim
heredum heredes in infinitum, ut est con-
stitutum in *L. in annualibus. C. de leg.*
Contra stipulatio temporalis est, si quis
stipulatus sit sibi dari, quoad ipse vivet,
aut quoad vivet promissor. Ob eam caussam
visum est Iustiniano in hac specie plures esse
stipulationes, ac proinde non indigere insi-
nuatione singulas. dict. *L. sancimus. §. ult.
C. de donat.* quod plus quam manifestum
est huic loco non adversari. † Sed etsi cer- 5
tam summam stipulemur in annos singulos
simpliciter, si tamen stipulemur propter
operas, quæ in annos singulos locatæ sunt;
ut sunt operæ, ita operarum mercedem es-
se necesse est. Sunt autem singulorum anno-
rum suæ et distinctæ operæ: imo vero eæ,
quæ ut temporibus distinguuntur, ita di-
stinctam habeant singulorum temporum ob-
ligationem. Sed et operæ partim casu, par-
tim voluntate artificis, postremo etiam mor-
te finiuntur: ut quod de usufructu dici-
tur, id possit merito propter easdem caus-

sas dici de operis, has quotidie et constitui, et interire. *L. 1. §. interdum. supra de usu. acc.* Quo fit, ut et mercedis stipulatio in singulos annos, saltem tot annorum habeat stipulationes, quæ et initio cuiusque anni cedant, et vertente quoque anno finiantur, ac prioribus finitis tum insequentium annorum novæ incipiant stipulationes succrescere. Qua ratione bene responsum est a Papiniano, cum servus fructuarius operas suas locasset non in annos quinque, sed simpliciter sine adiectione temporis, et eo nomine in annos singulos dari quid stipulatus esset, finito usufructu domino residui temporis stipulationem acquiri. *L. si servus communis, §. cum servus. infra de stip. ser.* Id quidem plures esse stipulationes indicat, non unam: alioqui statim tota semel fructuario quæreretur. Sed hoc eo fit, quia ita actum est propter operas, quarum nomine merces præstatur, et quarum merces sequitur conditionem. Ita ne hic quidem quidquam contrarium huic loco a Papiniano rerponsum est.

Ad L. Stipulatio non valet. 17.

Ulpianus lib. XXVIII. ad Sabinum.

Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione.

SUMMARIA.

1. *Quomodo ex stipulatione sub impossibili, et ea, quæ in promissoris arbitrium confertur, conditione concepta, nulla nascatur obligatio.*
2. *Non eandem esse huius conditionis possibilis, Si promissor volet, quæ cæterarum possibilium caussam.*
3. *Valet stipulatio: Cum volueris, dabis?*
4. *Non omnes conditiones in arbitrium collatæ, obligationi officiunt.*
5. *Non debere esse in arbitrio Rei, an debeat: quid quantumve debeat, esse posse.* et n. 11.
6. *Conditio quibus verbis in voluntatem promissoris conferatur.*
7. *Ex utraque conditione, Si voluero, Si volam, obligatio nulla.*
8. *In arbitrium promissoris conditio quibus verbis conferatur.*
9. *Legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. Secus in stipulatione; et quæ diversitatis ratio.*
10. *Dotis promissio hæc: Dotis nomine dabo, quodcunque ero arbitratus, cur valeat.*
12. *Promissio in stipulatoris non tantum arbitrium, sed et meram voluntatem utiliter confertur.*

SUB conditione recte fieri stipulationem convenit. *§. omnis. Inst. eod. L. omnia. supra. si cer. pet.* Duas conditiones excipimus: impossibilem, de qua dictum est supra in *L. impossibilis*; et eam, quæ confertur in arbitrium rei promittendi, de qua hoc loco. Utra ex his adiecta fuerit, placet stipulationem nullius esse momenti, ut hoc loco, et superiore illo traditur. Excipiendi ratio est, quod utraque id agitur, ne ex stipulatione obliga-
1 tio nascatur: † dissimili id quidem via, si progressum spectes, sed tamen simili effectu utraque; ac sine obligatione stipulatio est inutilis. Prior obliqua quadam via ac velut per consequentiam id efficit: posterior recta et aperte. Impossibilis conditio adiecta, quia conditio est, id agit, ne debeatur quid prius, quam conditio exstiterit: quæ potestas est omnium conditionum. *§. sub conditione. Inst. eod.* At conditio impossibilis existere non potest: ita fit, ut ex ea nihil possit deberi: hæc autem conditio, si promissor volet, recta huc fertur, planeque hoc efficit, ne promissor obligetur. Is enim demum obligatur, qui necessitate adstringitur alicuius rei solvendæ, ut est definitio obligationis. *Tit. Inst. de obl.* nunc autem hac conditione id agitur aperte, ne det promissor, nisi velit, idest, ne necessitate dandi obstringatur. Nulla igitur obligatio ex hac conditione: hæc ratio et collectio est de hac specie exposita in *L. in vendentis. C. de cont. em.* In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione, obligatio nulla est, aiunt Imperatores: addita ratio ex definitione obligationis petita, quia non adstringit necessitate contrahentes. Eiusmodi est et illa Pomponii ratio de hac specie in *L. sub hac. supr. de obl. et act. pro non dicto est enim, inquit, quod dare, nisi velis, cogi non possis.* Et hic necessitate dandi detracta, colligit nullam esse obligationem. Sed potuit in hac specie res habere dubitationem: quo diligentius superiore ratione adversus eam du-

dubitationem confirmari debemus. Diceret enim aliquis hanc conditionem, si promissor volet, esse ex earum genere, quæ natura existere possunt, potest enim promissor velle postea: cur ergo eius eventus non expectatur, ut et cæterarum possibilium conditionum? Quia, videlicet, frustra exspectetur: etsi enim postea dixerit promissor se velle, non eo tamen obligabitur magis. At hoc etiam maiorem dubitationem habet, dixerit quispiam. Cur enim dare volens non obligetur postea, qui si ab initio dare voluisset, obligaretur? nam et in cæteris conditionibus possibilibus id accidit, ut antequam conditio extiterit, nihil debeatur: conditione autem existente continuo obligetur promissor. Cur ergo et hac conditione adiecta, *si volam*, non idem fit, ut non obligetur quidem promissor priusquam voluerit, et si nunquam voluerit, nulla sit obligatio neque in ipsum, neque in heredem eius: cæterum ubi voluit, sta-
2 tim obligetur? † Dissimilis huius conditionis quamvis possibilis, et cæterarum possibilium caussa est. Sub hac conditione, si promissor volet, iam ab initio ita fit stipulatio, ut statim sit inutilis: utpote qua id actum est, ne promissor, nisi volens teneretur, idest, ne obligaretur: quod non item fit ex cæteris conditionibus. Quamvis igitur promissor postea velle cœperit, non ideo confirmabitur stipulatio, quæ ab initio nulla fuit: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. L. *quod initio. inf. de reg. iur.* Sed verba definitionis huius loci expendantur, ut videamus quid hic ius exigat, quo stipulatio sit inutilis. *Non valet stipulatio*, inquit Pomponius, *in rei promittendi arbitrium collata conditione.* Iam primum hic conditionem exigit, ut et exigitur in *L. in vendentis. C. de contr. em.* Consulto additum est de conditione, ut intelligamus etiamsi in arbitrium promissoris conferatur stipulatio; nisi tamen id fiat expressa conditione in id arbitrium collata, stipulationem nihilominus valere. Stipulationem hanc, si volue-
3 ris, dabis? inutilem esse constat: † at hanc placet valere, cum volueris, dabis? *L. centesimis. §. ult. infr. eod.* Atqui his verbis, cum volueris, non minus inest hæc conditio, si volueris. *L. quodcunque §. pen. infr. eod. L. si Titio, supr. quan. di. leg.* Ita est; sed non exprimitur tempus, exprimunt hæc verba, cum volueris, et per tempus conditio significatur, ut est in *d. L. si Titio.* Hic locum habet regula iuris, expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa. infr. de reg. iur.* Conditionem præterea esse volumus, quæ conferatur in
arbitrium. † Sed multæ conditiones in ar- 4
bitrium conferri possunt, quibus tamen adiectis obligatio contrahitur: ut puta, valet venditio servi hac conditione, si rationes domini eiusdemque venditoris computarit arbitrio. *L. hæc venditio. supr. de cont. em.* Stichus tibi emptus sit tot aureis, si tibi intra Calendas placuerit. §. *pen. Inst. de em. et vend.* Videndum est igitur, quam conditionem superioribus verbis intelligamus. Et quoniam de stipulatione sermo est, cuius conditio nominatur, conditionem accipere debemus eam ipsam, quæ stipulandi, et promittendi conditio est, idest, sub qua stipulamur; et promittimus id, quod
in stipulatum deductum est: † eam, qua 5
ponatur in potestate et arbitrio debitoris, an debeat id, de cuius obligatione agitur, non item quid, aut quando debeat. Nam hæc posteriora in arbitrio eius poni possunt. *L. 2. §. Scævola. supr. de eo, quod cer. lo.* Et ideo in *L. in vendentis, C. de cont. em.* cum definitur nullam esse obligationem *collata in vendentis, vel ementis voluntatem conditione*, adiectus est, *comparandi*, ut sit, ea conditione qua ponitur in arbitrio alterutrius, utrum velit comparare, necne: cæterum voluntate emendi constituta nihil prohibet aut aliud conferri in arbitrium ementis, aut illud, quando velit: cuiusmodi sunt illæ emptiones, de quibus supra dixi; quas ob id valere traditum est. Sed nec omnis conditio, qua fiat, ut sit in arbitrio promissoris, an debeat, vitiat stipulationem, neque adeo verbis huius definitionis continetur: Hæc enim verba, in rei promittendi arbitrium collata, εμφατικως accipienda sunt, ut ea demum conditio intelligatur, qua ipsum id arbitrium quod dicitur, non tegitur verbis, sed aperte exprimitur, ut dicat promissor, dabo si volam. Enimvero hoc modo stipulatio recte fit, si in Capitolium ascenderis, dabis? etsi in potestate tua sit non ascendere, atque ita efficere, ne quid debeatur. Nam et legatum, quod in alienam voluntatem conferri non posse dicitur, sic inutiliter relinquitur, si Titius voluerit; hoc modo recte, si Titius Capitolium ascenderit: idque eadem illa regula iuris, quam supra dixi, defenditur, expressa nocent; non expressa non nocent. *L. nonnunquam. supr. de cond. et dem.* Atque ex his potest intelligi, quomodo interpretandum sit illud *L. a Titio. §. ult. infr. eod.* nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promissoris statum capit. Non debet videlicet ea promissio statim existimari ex promissoris

ris voluntate statum capere, ex qua non obligatur promissor, nisi velit: sed ea, quæ conceptione ipsa habeat inclusam huius ipsius voluntatis conditionem apertam, ex cuius eventu pendeat status et vires promissionis. Postremo etiam arbitrii verbum, quo Pomponius utitur, expendendum est. Aliis locis cum de eadem re ius traditur, solius voluntatis promissoris fit mentio, diciturque alias, nullam esse obligationem conditione comparandi in voluntatem contrahentium collata, ut in *d. L. in vendentis. C. de con. em.* alias nullam esse promissionem, quæ ex voluntate promissoris statum capit, de quo modo dixi. *d. L. a Titio. §. ult. infr.* Et sane qui repudiat eam conditionem, quæ in arbitrium promissoris collata est, multo magis eam reiicit, quæ collata est in eius meram voluntatem, qua posita multo minus promissor cogi possit, si nolit. Sed plus, ut dixi, Pomponius hoc loco est complexus: ait enim etiam tunc stipulationem non valere, cum conditio in arbitrium promissoris collata est, eademque modo definita res est ab Ulpiano in L. *hæc venditio. supr. de cont. em.* Quod eo pertinet, ut intelligamus, sive in voluntatem promissoris conditio collata sit, sive in arbitrium, idest, sive verbo voluntatis concepta sit, sive verbo arbitrii, pariter ex utraque conceptione promissorem non
6 teneri. † Confertur conditio in voluntatem promissoris his verbis, dabo si vo-
7 luero, dabo si volam: † et ex utraque
pariter stipulatio nulla est. De priore scriptum est in *L. centesimis. §. ult. infr. eod. et L. hæc venditio. supr. de cont. em*: de posteriore multo apertius, et quidem ex professo in *d. L. sub hac. supr. prox. tit.* ut satis mirari non possim, quid quibusdam venerit in mentem, ut de posteriore hoc loco id negarent. Sic enim Pomponii in *d. L. sub hac.* verba sunt: *sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio*; et ne temere quisquam dictum putaret, addita est ea ratio, quam supra commemoravi, *pro non dicto est enim, quod dare, nisi velis, cogi non possis.* Sed quod magis miror, ne parum esset negare, quod certo illic scriptum esse constaret, conati sunt etiam sententiam suam rationibus defendere, videlicet, et certam Pomponii, idest, iuris definitionem oppugnare. Verbum *volam*, inquiunt, extensivum est, et tractum habet temporis: verbum *voluero* non item: itaque ex his verbis, *si volam*, qui primo voluit, adhuc voluntatem mutare potest, et nolle dare: ex his autem, *si voluero*, qui semel voluit amplius mutandæ voluntatis potestatem non habet. Et hæc quidem de potestate harum conditionum differentia tradita est in *L. si quis stipulatus 112. inf. eod.* Sed quid effecerunt hac ratione, nisi ut probarent multo minus valere stipulationem sub hac conditione, *si volam*, quam sub illa, *si voluero*? Etenim si ex his conditionibus ideo non valet stipulatio, quia ex his nulla obligatio est: necesse est, quo minus ex alterutra harum obligabatur promissor, eo minus ex ea et stipulationem valere. Atqui nihil aliud probat superior ratio, nisi minus obligari promissorem, qui dixit, *si volam*, quam eum qui dixit alterum. Nam profecto eum multo minus obligari certum est, qui postquam aliquando dixit se velle, nondum tenetur, sed voluntatem mutare potest, quam eum, qui ubi semel voluit, revocandæ voluntatis ius non habet. Quapropter vel ista ratione ipsa sub hac conditione, si promissor volet, multo minus stipulationem valere fatendum est. Hæc de
conditionibus in voluntatem conceptis. † 8
In arbitrium autem rei promittendi confertur maxime conditio his verbis, quæ hoc arbitrium exprimunt, si dicat promissor, dabo si putavero, si existimavero, si fuero arbitratus, si iustum, si utile videbitur. *L. si sic legatum. supr. de leg. 1. L. 11. §. quanquam. supr. de leg. 3.* Si stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione, ut hic scriptum est: conficitur una aliqua ex suprascriptis conditionibus addita stipulationem
non valere. † Atqui legatum si istis ver- 9
bis in arbitrium heredis collatum sit, placet deberi, tanquam viro potius bono commissum, quam in plenum arbitrium voluntatis, seu in meram voluntatem heredis collatum, ut supra scriptis proximis duobus locis expressum est. Sed hoc in testamentis placuit: sic enim scriptum est in *L. 1. supr. de leg. 2.* cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. In testamentis additum est, quo significatur non sic stipulationem in arbitrium cuiusvis collatam pro boni viri arbitrio accipiendum esse, nec immerito. In legatis enim voluntas testatoris, a quo legatum proficiscitur, et spectanda et sequenda est. *L. ex facto. §. rerum. supr. de here. inst. L. 12. in fi. supr. de leg. 1.* In stipulationibus mens et voluntas contrahentium: in primis vero promissoris, secundum quem in ambiguis stipulationem interpretamur. L. *non solum. supr. de oblig. et ac.* L. sti-

stipulatio ista. §. *in stipulationibus. infr. eod.* Semper autem testator ita affectus creditur, ut velit, quod legat, præstari, nisi id fieri aperte iniquum sit. Inde dictum in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. L. *in testamentis. infr. de. reg. iur.* Contra promissor quivis, quia se respicit, et quam minimum potest, cupit obligari, ita est affectus, ut ne obligetur secus, aut ultra quam verba stipulationis patiantur. Arg. L. *quidquid. infr. eod.* Atqui hæc verba, si promissor putaverit, si arbitratus fuerit decem danda esse, conditionem manifestam habent. Valeant igitur pro conditione ex significatione verborum, et promissoris sententia, qui hac solum conditione obligari voluit. Quod si fit, iam id arbitrium pro boni viri arbitrio non erit: boni enim viri arbitrium certum est, quod in personam debitoris collatum neque conditionem neque moram ullam recipit. L. 1. *supr. de leg.* 2. Denique si conditio hæc ad boni viri arbitrium refertur, pro non adiecta habebitur, sive promissor arbitratus sit, sive non sit: nam illo arbitrante revocatur nihilominus res ad æstimationem boni viri. L. *si quis arbitratu infr. eod.* non arbitrante autem, conditio pro impleta habebitur, idque debebitur, quod arbitrabitur vir bonus; quia per promissorem stet quominus conditio impleatur. L. *hæc venditio. supr. de cont. empt.* Detracto in his conditionibus arbitrio boni viri, relinquitur solum promissoris arbitrium: ex quo statum capere stipulatio non potest: cum pro dicto non sit, quod dare quis nisi velit, cogi non possit. *d.* L. *sub hac. supr. prox. tit.* Legimus quidem, aliquando recipi promissionem, cuius quantitas promissoris arbitrio committatur: sed nusquam, cum promittitur quid, adiecta nominatim conditione, si id promissor volet dare,
10 aut si erit arbitratus. Utputa, † hæc promissio dotis recepta est; dotis nomine dabo, quodcunque ero arbitratus. L. 3. *C. de dot. prom.* sed ideo quia neque conditionem habet, quæ aperte conferatur in arbitrium promissoris; et si haberet, nihilominus valeret: quia non est ea conditio, sub qua dos promittatur, sed ex qua iam nunc appareat promissorem omnino dotem dare velle, quantacunque ea futura sit; verum de quantitate quæri, quæ
11 ipsius arbitrio permittatur. † Iam dixi non debere esse in arbitrio rei, an debeat: quid, quantumve debeat, esse posse. *d. L.* 2. §. *Scævola. supr. de eo, quod cer. loc.* Et tamen quia si res mero eius arbitrio committatur, inutilis promissio futura est, quoniam possit isto modo unum obolum dando liberari: ideo placuit boni viri arbitrium hic intelligi, et verba sic accipi, quodcunque promissor arbitratus erit, si modo erit æquum arbitratus. *d. L.* 3. *C. de dot. prom.* Sed et illam venditionem servi valere diximus, si rationes putaverit domini arbitrio, et quod de arbitrio domini hic dictum est, in arbitrium magis boni viri collatum videri, quam domini. *L. hæc venditio, supr. de cont. em.* Quod et ipsum eadem ratione defenditur; quia et hic, videlicet, hic non confertur in domini arbitrium, an vendat, sed an servus recte putet rationes, sub qua conditione recte potuit venditio contrahi. † De illo dubitari 12
non debet, quin promissio in stipulatoris non tantum arbitrium, sed etiam meram voluntatem utiliter conferatur hoc modo; si voluero, decem dabis? Nam et legatum, quod constat in alienam voluntatem, conferri minime posse; *L. nonnunquam. supr. de cond. et dem.* tamen hoc modo recte relinquitur, Titio, si voluerit, do, lego. *L. si ita expressum. supr. de cond. et dem.* Stipulatio hic conditionalis est: proinde et tanquam sub alia quavis conditione concepta valet, ut conditione expleta pecunia debeatur. *L. huiusmodi.* 20. *L. a Titio. infr. eod.* Et quid hic stipulationi obesse possit: cum hac conditione, si stipulator volet, id agatur, non ut promissor non debeat, nisi velit, ut in superiore; sed ut debeat, etsi nolit? Quod si in arbitrium stipulatoris potest conferri, an ei debeatur, minus mirum videri debet, si et in eius arbitrio poni possit, quid debeatur. Itaque hanc promissionem operarum semper valere constitit, cum libertus patrono promittit tot operas, quot patronus arbitratus sit, idest, non certas operas, si patronus velit; sed ex infinitis quot, et quas velit. *L. si libertus ita. supr. de ope. lib.* Sed hoc recepto, ut stipulatio hæc valeat, etiam illud recipiendum fuit, ut quemadmodum in cæteris caussis, de quibus diximus, et similibus; sic et in hac stipulatoris arbitrium pro boni viri arbitrio accipiatur: quod et factum est *d. L. si libertus ita.* huc facit *L. in personam.* §. *ult. infr. de reg. iur.*

Ad L.

Ad L. Qui bis idem. 18.

Pomponius lib. x. ad Sabinum.

Qui bis idem promittit, id eo iure amplius quam semel non tenetur.

SUMMARIA.

1. *Si bis idem promittatur, an utraque stipulatio valeat, et ex utraque promissor pariter obligetur, an vero altera inutilis.* et n. 3.
2. *Accursii sententia ratione iuris, et verbis huius L. refutata.*
4. *Illustratio* L. Qui usumfr. infr. h. t. et L. Si Pupillus. §. ult. de novat.
5. *Cur duarum eiusdem rei stipulationum eodem modo confectarum non idem effectus.*
6. *Lectio huius. L.*
7. *Eadem res sæpius legata in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest.*
8. *Quid diversitatis in proposita quæstione inter legata et stipulationes.*
9. *Effectus posterioris stipulationis circa præscriptionem longi temporis.*
10. *Cautio quid in* L. cum notissimi, C. de præs. trig. vel quadr. an.
11. *Idem promittere quis intelligatur in certis corporibus et in summis.*
12. *An testator, qui eandem summam legat sæpius, legatum multiplicare voluisse præsumatur.*

QUI *bis idem promittit*, inquit Pomponius. *ipso iure amplius, quam semel non tenetur.* Hoc, *non tenetur*, quomo-
1 do accipiendum sit, quæritur: † utrum hoc modo, ut non teneatur actione, nisi semel, quamvis utraque stipulatio valeat, et ex utraque promissor pariter obligetur: an vere hoc modo, ut ne obligetur quidem, nisi semel, idest, nisi ex una tantum stipulatione, quia sit altera inutilis. Utrum horum dicamus, in præstatione eius, quod recte petitur, et præstandum est, nihil refert: cum utroque modo fiat, ut unum semper consequatur creditor; hoc autem semel consecutus, eo contentus esse debeat, quia amplius ex altera stipulatione idem exigere non possit: id quod si constat eum facere non posse, non multum ad rem pertineat, utrum ideo non possit ex ea idem petere, quia iam ab initio ea stipulatio non valuerit, an vero ideo, quia perceptione rei debitæ reddita sit inutilis, et sit consumpta. Sed ad iudicii institutionem ut procedat, omninoque ad agendi commoditatem nonnihil interest. Si enim una tantum stipulatio iam ab initio sit utilis, et agamus ex altera, eveniet, ut nihil agatur: cum ex inutili nec debeatur quidquam, nec sit ulla actio. *L. certi. §. numeravi. supr. si cer. pet.* Sed et hoc intelligi ad veram caussam huius sententiæ eruendam, et aliorum locorum, qui sunt de hac re explicationem pertinet. Danda igitur opera, ut de eo recte constituamus. Sunt, qui prius malint cum Accursio hoc loco; ut valeat utraque stipulatio, scilicet, cum nihil proponi putent, cur utraque non valeat, si rite facta est; sed ideo non teneatur promissor, nisi semel, quia iam non possit idem exigi ex stipulatione altera; refragante nimirum regula iuris, quæ dictat, bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. L. *bona. infr. de reg. iur.* hanc quidem interpretationem verbum, *tenetur*, recipit, nec haberem, cur cum Bartolo, et aliis veteribus, ac recentioribus quibusdam doctis interpretibus dissentirem, si cætera quæ adiiciuntur, consentirent. Nunc autem volunt in hac interpretatione, cum bis idem promittitur, ut duæ sunt stipulationes rite factæ, ita pariter esse utiles, pariterque manere, ut proinde ex utraque et obligatio, et actio nascatur. † Hoc vero 2
falsum est, nec magis aliis locis, et vera ratione iuris, quam verbis huius ipsius loci refellitur. Nam si hic duæ sunt obligationes, et actiones de eadem re, eveniet quidem, ut una expertus creditor, et consecutus quod debetur, alteram quæeiusdem rei persecutionem habet, consumat: sed per exceptionem id fit, non ipso iure, ut scribit Paulus in *L. qui servum. §. 1. supr. de obl. et act.* Ita et altera, idest, bis. etiam nunc ipso iure agi poterit: quod hic negatur, ubi traditur amplius, quam semel agi non posse, et quidem ipso iure. † Res 3
sic habet, quod et ex aliis locis constat, et manifesta ratione iuris efficitur: qui bis idem promittit, is amplius, quam semel ideo non tenetur, quia nec obligatur ab initio, nisi semel, idest, nisi ex una stipulatione: propterea quod necessario altera sit inutilis, cogente ita vel natura rerum, vel iuris ratione. Nam si prior stipulatio ante inutilis fuit, sive quod ipso iure non valeret, sive quod adversus eam exceptio-ne

ne tutus esset promissor, posterior, quidem eiusdem rei stipulatio recte contracta sine dubio valebit: L. *si dari.* 25. *infr.* sed solam valere necesse est, si altera est inutilis: idque natura ipsa efficit; cum ex duabus si unam inutilem esse posueris, necesse sit eam, quæ relinquitur, si sit utilis, solam utilem relinqui. Quod si prior erit utilis, frustra idem postea et inutiliter stipulemur, perindeque id erit iure, quasi omnino stipulati non essemus: ita fiet rursum, ut sola prior maneat, quæ fuerat, posteriore inutili constituta. Id quidem perspicue traditum est in L. *si usumfructum. infr. eod.* et L. *si pupillus.* §. *ult. infr. de novat.* sub exemplis eorum, qui primo totum, deinde partem eiusdem totius stipulati sunt.
4 † Sic enim illic scriptum est: *qui actum stipulatur, deinde iter*; aut *qui usumfructum stipulatus, deinde stipulatur usum*, idest, aut idem aut minus, id tamen quod actu aut usufructu continebatur, *posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.* Utrobique posteriore stipulatione, quæ sit eiusdem rei, nihil agi dicitur. Non recte hæc verba accipimus si aliter, quam posteriorem stipulationem nullam esse interpretamur: sic enim futurum esset, si nihil egissemus, idest, si nihil postea essemus stipulati. Sic et horum verborum usus est, et significatio in *L. maritus. in fin. infr. ad leg. Iul. de ad. et L.* 1. *in fi. supr. quan. di us. leg. ce.* Quid illud, quod in *d. L. si dari. infr.* ab eodem auctore Pomponio scriptum est, an non aperte idem confirmat? ubi cum creditor id, quod iam ei ex stipulatione debebatur, iterum stipulatus esset, et prior stipulatio exceptione infirmaretur, respondit Pomponius, promissorem obligari ex posteriore stipulatione hac sola de caussa, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante. Quid ergo, si prior sit aliqua, et sit utilis? Satis significat dicendum fuisse, promissorem ex posteriore non obligari: tolle enim caussam iuris, ac ius sustuleris. *L. si dictum. supr. de pac.* alioqui erit ineptissima ratio, qua etiam cessante nihilominus idem iuris futurum fuerit.
5 † Sed cur, quæret aliquis, cum bis idem ab eodem stipulamur, si prior stipulatio valet, posterior est inutilis: cum posterior eodem modo confecta, quo prior, videatur eundem effectum habere debere, et nihil prohibeat eandem rem ex pluribus caussis deberi, nihil prohibeat plures de eadem re ex diversis caussis et contractibus esse actiones? *d. L. qui servum.* §. 1. *supr. de ob. et ac. L. pro socio arbiter. supr. pro soc.* Et hoc vulgo recte expediunt. Inventæ sunt enim stipulationes, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest, idest, quod utile est. *L. stipulatio. ista.* §. *alteri infr. eod.* ut autem promittatur iterum creditori quod iam ex stipulatione utiliter debetur, eius nihil interest, neque ad summam stipulationis, cui nihil adiicitur, neque ad obligationis cautionem, quæ in priore stipulatione semper eadem futura est. Itaque licet iam ad ea, quæ contra dicebantur, respondere hoc modo. Ex pluribus caussis nihil prohibet idem deberi, et peti posse: sed ita, si modo singulæ caussæ per se consistant, et valeant iure: quod in posteriore eiusdem rei stipulatione fieri negamus. At enim eodem mode conficitur posterior stipulatio. Non ideo eadem interveniunt in ea, quæ in priore, quæ ad vim et substantiam obligationis pertinent. Priore stipulabamur, quod nostra interesset nobis dari, cum nobis ex stipulatione alia non deberetur: posteriore id stipulamur, quod nostra non intersit ex ea deberi. Ut ergo natura non obstet posteriori: obstat tamen iuris ratio. Deest enim finis, propter quem omnes stipulationes inventas esse diximus, stipulatoris nimirum utilitas. Et quidem legatum ipsum ob hanc caussam inutile esse constat, si nihil amplius sit in legato, quam legatario debeatur, quia nullum commodum afferat legatario. §. *ex contrario. Inst. de leg.* Id de legato constitutum, multo iustius de stipulatione dixerimus, quia legatis propter supremam voluntatem magis faveatur. Hinc intelligitur, quid sit, quod hic dicitur, posteriore stipulatione promissorem non teneri ipso iure. Id enim est, lege ipsa, et ratione Iuris Civilis certa, quæ de stipulationibus constituta est: ut intelligamus ad posteriorem stipulationem infirmandam non esse opus exceptione, quasi quæ alioqui Iure Civili teneat; sed eam ne eo quidem iure valere, ut declarat *tit. de excep. Inst.*
† In Pandectis Florentinis legitur *id eo iure*, ut sit, id eo iure non tenetur, pro, 6
non ideo iure tenetur. Sed vix est, ut quisquam isto sensu hoc modo loquatur. Est enim potius hic sensus eorum verborum, qui bis idem promittit, ob eam caussam amplius, quam semel, non tenetur: quæ sententia falsa est: non enim ideo non tenetur, quia bis promisit, sed quia non promisit utiliter: itaque rectior est aliorum exemplarium lectio, ut legamus ipso iure. Et tamen si illam alteram recipimus, erit idem sensus. Nam promissorem non teneri posteriore stipulatione iure, valet non te-

neri

neri Iure Civili; quod per excellentiam ius absolute, et ipsum ius appellatur. Summa huc redit utraque lectione, eum quis bis idem promisit, si prius utiliter promisit, posteriore stipulatione tanquam
7 inutili non obligari. † In legatis quoque non dissimiliter hoc servatur, ut si eadem res sæpius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non possit. L. *plane*. §. 1. *supra. de leg.* 1. An quod ex utraque scriptura legatum debeatur, ex alera autem solum peti possit? Imo quia iudicio testatoris debeatur tantum ex altera; legatum enim testator multiplicare noluit, ut est in dict. *L. plane*: neque vero præter eius voluntatem sæpius debe-
8 bitur. † Sed inter legata et stipulationes hoc interest, quod in stipulationibus diversis eiusdem rei constituimus priorem valere, posteriore reiecta, quia apparet in his, quæ diversis temporibus constituuntur, utra prior sit, utra posterior: In legato eiusdem rei repetito, sæpius etsi plura legata non sunt; tamen ex utra scriptura legatum debeatur non definimus, quia nec potest: ideoque ex utra petatur, nihil refert. Nullum namque in testamento legatum prius, nullum posterius intelligitur, ut dici possit prius valere, posterius esse inutile. Scripturæ testamenti diversæ sunt: sed testamentum unum est, uno eodemque tempore confectum, ex quo legata debentur. Et quod certissimum huius rei argumentum est, ex morte testatoris legatorum omnium pure, aut in diem relictorum, dies cedit, idest, omnia pariter eodem illo tempore deberi incipiunt. *L.* 5. *supr. quan. di. leg. ce.* hoc autem tempus mortis, adversus omnia legata pariter unum
9 est, non duo. † Sane qui bis idem promittit, promissione posteriore interrumpit præscriptionem longi temporis, quæ cedebat adversus stipulationem priorem, ut est constitutum *L. cum notissimi*. §. *sed etsi quis. C. de præ. trig. vel quad. an.* Sed non ideo posterior promissio utilis est ad promissorem obligandum, de quo nunc agitur: non enim contingit ista interruptio propter stipulationem sequentem, sed propter agnitionem debitoris, qua ille cautionem iterum emittendo debitum agnovit, ut eodem loco constitutionis declaratur: nam etsi debitor cautionem solum emisisset, idest, chirographum
10 duntaxat, idem fieret; † et fortasse verius est cautionis verbo non stipulationem alteram, sed confessionem, et chirographum debitoris in ea constitutione intelligi debere. Dicitur enim illic debitor ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuisse. Stipulationes ad obligationem constituendam, non ad agnoscendam interponi solent: chirographa et testationes ad agnoscendam. Sed hæc de eo dicta sunt, qui bis promisit idem. † Idem 11
promittere intelligitur in certis corporibus, qui corpus idem designavit, quod prius debebat, etsi non dicat, quod prius debebam. In summis non continuo promittit eandem, qui eandem quantitatem nominat, sed ita, si adiecerit se eam promittere, quam prius debebat, aut si de ea agi ex præfationibus, et his quæ antegressa sunt, constabit. Nam cum decem ea, quæ posterius nomino, in genere promittuntur, non in specie, non necesse est hæc eadem esse cum illis, quæ prius erant promissa. Ac ne illud quidem etiam verisimile est creditorem, si eadem decem postea intelligeret, ea fuisse iterum stipulaturum, cum ex ea stipulatione nihil amplius consequeretur; quam prius habuit. Proinde decem posteriore stipulatione comprehensa tanquam alia recte petentur, nisi quid de sententia contrahentium aliud a promissore probabitur. † In testamentis cum testator eandem 12
summam legat sæpius, placuit non aliter testatorem videri legatum multiplicare voluisse, quam si evidentibus probationibus id ostenderetur. *d. L. plane*. §. 1. *de leg.* 1. quippe personæ testatoris ratio aliam admittit voluntatis coniecturam. Quominus enim intelligatur ille voluisse multiplicare legatum, duo obstant: primum affectus erga heredem, quo fit, ut eum quam minimum onerare velle existimetur. *L. unum.* 67. §. *si rem. supr. de leg.* 2. deinde affectus ipse erga legatarium, qui quoniam ex meritis eius nasci solet. *L. nec adiecit. supr. pro soc.* non est probabile in paribus meritis legatarii eum affectum in progressu testamenti maiorem esse, quam fuit in initio, cum testamentum instituit: quod si esset, fuit in potestate testatoris de voluntate sua clarius testari: et vero si legatum multiplicari vellet in gratiam legatarii, non fuisset prætermissurus. Adde his visum et consuetudinem loquendi: cuius est, ut qui viginti præstari vult, dicat viginti, non autem decem, etsi decem sæpius nominet.

Ad L.

Ad L. Si stipulatio facta. 19.

Idem libro xv. ad Sabinum.

Si stipulatio facta fuerit: *si culpa tua divortium factum fuerit, dari?* nulla stipulatio est: quia contenti esse debemus pœnis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat pœnæ, quanta lege sit comprehensa.

SUMMARIA.

1. *Turpes stipulationes nullius momenti.*
2. *Quatenus matrimonii non contracti, aut divortii pœnam liceat stipulari.*
3. *Lectio Florentina reiecta.*
4. *An pœnam adversus delictum ne fiat, ultra modum legibus constitutum, stipulari liceat.*
5. *Cur in divortii caussa potius quam in facto et similibus, pœna supra modum legibus constitutum exigi non permittatur.*

1 Turpes † stipulationes nullius momenti esse constat. *L. generaliter.* 26. *inf. eod.* huius generis habita est Romanis stipulatio, qua quis vinculo pœnæ adstringitur ad matrimonium contrahendum, aut contractum retinendum, ut multis locis declaratur *L.* 2. *C. de inut. stip. L. neque ab initio. C. de nup. L. Titia. infra. eodem.* Idem confirmatur hoc loco addita hac ratione, quod contenti esse debeamus pœnis legum, de qua mox amplius.
2 † Sed quod præcipue agitur hoc responso, idest, ut declaretur non esse hoc ius præfracte retinendum, quasi aut matrimonii non contracti, aut divortii pœnam nullo modo stipulari liceat. Adiicitur enim exceptio, quam potissimum hic spectare debemus, *nisi et stipulatio tantundem habeat pœnæ, quanta lege sit comprehensa*: hactenus videlicet et huiusmodi stipulatio est utilis. Recte: sic enim pœna secundum leges promittitur, non contra, eoque est stipulatio nec turpis, nec iniusta: huius generis pœnas comprehensas habemus in *L. consensu. C. de repud.* Illa ratio, quam dixi, animadvertenda est, cum ita scribit: *nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus pœnis legum, vel pœnis legibus comprehensis* (alterutro enim modo legendum est
3 † non ut in Pandectis Florentinis, *pœnis legum comprehensis.*) Si generaliter hoc dictum putamus, contentos non esse debere pœnis legum, falsum est.
4 † Quid enim, si alicuius delicti coercendi caussa, ne fiat, pœnam stipuler ultra modum pœnæ adversus id delictum constitutæ; veluti, si stipuler a fure, nec manifesto quadruplum aut quintuplum, nisi rem furtivam mihi restituat intra Calendas proximas? non puto dubitandum, quin stipulatio valeat. Ille enim de re privata et familiari promisit: de qua cuivis pacisci licet, et paciscendo deteriorem conditionem suam constituere. *L. iuris gentium.* §. *si paciscar.* L. *pactum. supra de pac.* Quid, quod in caussa evictionis, in qua ex Iure Civili dupla tantum promitti debet, licet nihilominus pacisci, ut triplum aut quadruplum etiam promittatur, et rata est conventio? *L. si dictum. in prin. supr. de evict.* et tamen nihil peccavit venditor, si res ignoranti esse alienam, aut invito evicta est: ut manifestum sit hanc pœnam ob delictum eius non statui. Quanto ergo citius pœnæ promissio servanda est, quæ adversus delictum ne fiat, etiam supra pœnam legibus constitutam interponitur? Postremo non si duplum lex a fure præstari iubet, ideo amplius duplo præstari vetat: quod si non vetat, permittere intelligitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de test. L. mutus.* §. *supr. de procu.* si non vetat, pactum ultra interpositum non est contra legem. *L. contra. supr. de legi.* eoque servandum, ac multo magis stipulatio, *L.* 7. §. *prætor ait. supr. de pac.* Quid ergo est, quod hic dicitur contentos non esse debere pœnis legum? Nempe superioribus admonemur non esse generaliter accipiendum, sed ita, ut ad propositam duntaxat speciem referatur, quasi dictum esset contentos nos esse debere pœnis legum, in hac specie nimirum, de qua agitur, et similibus stipulationibus ad matrimonia adstringenda pertinentibus. Itaque erit hic ratio, non qua confirmetur nullam esse stipulationem propositam, quod prius responderat: nam hoc ita esse satis sola interdictione legis confirmabatur, etsi alia pœna lege constituta non esset: sed ratio, qua removeatur id, quod obiici poterat, ne inique hoc constitui videretur in summa, non tam confirmatio est directa præcedentis sententiæ, quam occupatio tacitæ obiectionis. Diceret enim aliquis iniquum

quum esse, licere utrique ex coniugibus ab altero divertere, cum velit, et sine caussa, idque impune: fatetur Pomponius: sed pœnas hic esse ait adversus iniusta divortia constitutas legibus; his vero, inquit, *contenti esse debemus*, idest, hæ eiusmodi sunt, quæ nobis sufficere debeant. Quod si non sufficiant, non ideo maiores stipulari possumus: non quia hæ pœnæ constitutæ sint tantum, sed quia alias exigi eædem leges vetent.

5 † Quæret aliquis, cur exigi vetent potius in hac caussa, quam vetent in furto, et similibus caussis, de quibus supra diximus. Non difficile est id intelligi: nam in furto et similibus delictis pœna promittitur delicti coercendi caussa, ne fiat: hoc modo honeste permittitur: quia promissor pœna deterretur a delicto. In eo genere autem, de quo agimus, promittitur pœna non delicti, sed contra honestæ rei coercendæ gratia: nempe discessionis a matrimonio, quam Romani ut necessariam esse, sic honeste fieri censuerunt. Ita illis turpiter promittebatur, et contra bonos mores. *d. L. Titia, Inf. In L. ea quæ, C. de don. int. vir. et uxo.* quam Accursius citat pro contraria, perspicuum est non promitti pœnam ab uxore, quæ si diverteret, promisit se, quod a marito donatum accepisset, restituturam. Nulla enim pœna est eius, qui de suo nihil amittit. Nullum autem damnum rei suæ patitur uxor, quæ donatum a marito ei restituit: cum id mariti sit, non uxoris, iure donationem inter virum et uxorem infirmante.

Ad L. Huiusmodi. 20.

Ulpianus libro XXXIV. ad Sabinum.

Huiusmodi stipulationes non sunt inutiles: *Quod tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes?* nam valet stipulatio, quasi sub quavis alia conditione concepta.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc: X. quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes? et similes, an valeant, et quæ dubitandi ratio.*
2. *Falsa demonstratio ut legato non nocet, sic nec obstat stipulationi.*
3. *Si testator mihi legaverit, quæ illi Titius debet, extinguitur legatum, si vivo testatore Titius debere desierit, contra in stipulatione, et quæ diversitatis ratio.*

1 QUæsitum † est, an hæc stipulatio valeat, et similes, decem *quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit, dare spondes?* Similes sunt, si alia res a Titio tibi debita eadem conditione in stipulatum deducatur, aut si res non tibi debita, sed tua promittatur, cum tua esse desierit, hoc modo: Stichum quem Titius tibi debet, cum debitor esse desierit, dabis? fundum Tusculanum, qui tuus est, cum tuus esset desierit, dare spondes? Quæsitum ergo, an istiusmodi stipulationes valerent. Movet quæstionem, quod stipulari videor id, quod non est, decem debita a Titio, cum ab illo deberi desierint: id est, decem debita, cum amplius non erunt. Quod non est, id inutiliter nos stipulari constat. §. 1. *Inst. de inut. stip.* Nec multum ad rem facit, quod cum decem stipulatus sum, ea Titius debebat. Stipulatus enim sum sub conditione, cum debitor esse desiisset. Nihil interest, utrum quod non est, aut dari non potest, stipuler; an id quod nunc est, et dari potest, si conferatur stipulatio in id tempus, cum non erit, aut dari non poterit. *L. nemo, 87. infra eodem.* L. 4. *C. de dona. ant. nup.* Respondet Ulpianus stipulationem propositam valere non aliter, quam si sub alia quavis conditione concepta esset. Significat hoc responso his verbis, *decem quæ Titius tibi debet, cum debitor esse desierit*, non promitti rem quæ non sit, sed eam quæ sit, nempe decem nunc tibi vere debita: verum promitti sub conditione, si Titius debitor esse desierit. *L. quodcunque, §. 1. infra, de verbor. oblig. L. si Titio, supra, quan. di. leg. ce.* Quod sub alia quavis conditione promissum est, si conditio non sit impossibilis, debetur, cum conditio impleta fuerit. *L. a Titio, infra*, ex quo effici vult, ut et debeatur in proposito id, quod sub ista conditione promissum fuerit. Et si de conditione, aut dilatione sola hic quæratur, dubitari non debet, quin ea nihil obstet stipulationi.

Sed de re promissa quæstio est, de qua non satis expedit Ulpianus, quod paulo ante dubitari diximus. Quid enim, si res promittatur, quæ non est, aut conferatur in id tempus, cum non erit? sine dubio stipulatio non valebit. Itaque non est dubium, quin inutiliter stipuler Stichum servum tuum, cum mortus fuerit: sic enim re vera stipulor mortuum. Idque exemplo rei meæ intelligi potest: nam illam quidem stipulationem nemo dubitat valere; rem illam, quæ mea est, cum mea esse desierit, dabis? sic enim stipulor alienam. *L. si rem meam*, *L. existimo*, *infr. eod.* At illam omnes consentiunt esse inutilem, si quis rem alienam stipuletur in eum casum, quo sua sit. *d. L. nemo*, 87. *infr. eod.* Atqui his verbis, *decem quæ tibi Titius debet, cum debitor esse desierit*, videtur, ut dixi, promitti id, quod futurum non est, cum conditio exstiterit. Sed hoc non ita est. Siquidem hic decem debita promitterentur, tamquam a Titio debita, idest, hac conditione, si a Titio debita essent, desineret res promissa extare, si a Titio deberi desiissent: omninoque ex hac stipulatione non deberentur. *L. demonstratio*, §. *quod autem*, *supra*, *de cond. et dem.* Nunc autem non esse hunc sensum contrahentium, ut ita debeantur hæc decem, si sint perpetuo a Titio debita, evidenter conditio subiecta declarat: promittuntur enim nominatim hac conditione, *si Titius debitor esse desierit*, sive *cum debitor esse desierit*. Igitur hæc adiectio, *quæ Titius debet*, demonstratio est: quæ si vera est tunc, cum
2 stipulor, bene est: † sin falsa; tamen ut legato falsa demonstratio non nocet, dicta. L. *demonstratio*; sic nec obstat stipulationi, non magis quam falsa caussa, de qua in *L. si divortio*, *seq.* Hic autem intelligitur satis, quid stipuler: ea sunt decem, quæ ut certa sunt, ita sunt in rerum natura, sive Titius ea adhuc debeat, sive debere desierit: ut appareat neque hic in re promissa, neque in eius rei demonstratione, neque in conditione stipulationis quidquam esse, quod stipulationem faciat inutilem. Obstat tamen huic sententiæ exemplum legati omni ex parte similis, de quo scriptum est in *L. si sic legatum*, 75. §. 1. *supra*, *de leg.*
1. † Proponitur testator mihi legavisse, 3
quod illi Titius debet: et placet exstingui legatum, si Titius vivo testatore debitor esse desierit: quod contra fieri dicimus in stipulatione eodem plane modo concepta. Et cognito eo, quod ex suprascriptis verbis contineatur cum in stipulatione, tum in legato, non difficile erit statuere sic in utroque genere diversum responderi, ut tamen recte respondeatur utrumque propriis rationibus. In stipulatione namque qui promittit decem, quæ sibi Titius debet, non promittit actionem ad illa decem petenda, sed ipsa decem, quæ Titius debet, ut verba stipulationis satis ostendunt: hæc autem decem esse non desinunt, ut dixi, etsi Titius debere desierit. Nec ad rem pertinet, quod Titio liberato promissor iam adversus Titium nullam actionem habet, quam stipulatori cedat. Iam enim dixi illum decem promisisse, non actionem. At in legato qui legat decem, quæ sibi Titius debet, non decem, sed actionem ad ea decem petenda legare intelligitur; neque quidquam amplius ex eo legato heres, quam actionem præstare cogitur, ut in dicta *L. si sic legatum*, §. 1. *in fin. de legat.* 1. scriptum est. Porro exstinguitur hæc actio et quidem sine vitio heredis, si vivo testatore Titius debere desinat. Ita necesse est etiam hoc modo legatum exstingui.

Ad L.

Ad L. Si divortio, 21.

Pomponius libro XV. ad Sabinum.

Si divortio facto ea quæ nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur: vel quæ centum dumtaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur: Proculus ait: si ducenta stipuletur quæ centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire: alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est, etiam si nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulatione: sicuti cum filiæ vel matri vel sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset:

SUMMARIA.

1. *Falsa caussa præterita nec legato, nec stipulationi nec ulli obligationi obstat.*
2. *His verbis*, dotis nomine, *caussam non demonstrationem contineri.*
3. *Species* L. Si sic legatum, §. Si mihi, de leg. 1. et L. ult. C. de fal. cau. ad.
4. *Falsa demonstratio non nocet stipulationi, uti nec legato.*
5. *Cur potius de falsa caussa, quam demonstratione hoc responsum accipiendum sit.*
6. *In re ob caussam futuram promissa quid iuris.*
7. *Aliud est in caussa præterita falsa, aliud in falsa conditione in præteritum concepta.*
8. *An, qui ob caussam falsam præteritam stipulatus est, sine caussa stipulatus videatur.*
9. *De promissore in caussa errante.*
10. *Constante matrimonio cur stipalatio dotis nomine sub falsa caussa facta non valeat.*
11. *Cur C. quæ in dotem maritus accepit, et quæ soluto matrimonio promittit, non potius Condictione certi ex stipulatu, quam de dote actione petantur.*

Quod in testamentis iuris esse constabat de falsa caussa, hanc legato aut institutioni adiectam neque legato neque institutioni nocere, nisi conditionaliter expressa sit, L. *demonstratio*, §. *quod autem*, L. *cum tale*, §. *falsam*, *supra de cond. et dem.* transfertur hoc loco ad stipulationes, eoque et ad contractus omnes, ut sit quid ob caussam præteritam promissum sit, debeatur, etsi caussa adiecta fal-
1 sa sit; † atque ita in universum falsa caussa nec legato obstet, nec stipulationi, ullive obligationi. Divortio facto maritus uxori centum promisit dotis, quam acceperat, nomine. Etsi nihil in dote fuisset: tamen centum in stipulationem venire, idest, uti-
2 liter venire, et deberi placuit. † His verbis, *dotis nomine*, caussam exprimi evidentius esse arbitror, quam ut probatione magnopere indigeat. In id quidem omnes fere omnium ætatum interpretes video consentire: ac miror etiam esse posse, qui id negent. Sunt tamen, qui id faciant, et reprehensis quibusdam, quasi hæc sententia paucorum esset, non omnium, contendant hic esse demonstrationem. Quos notari velint, aut quamobrem, nihil ad rem facit. Quod ad eam attinet, hoc mihi liquet nihil dici posse verius aut certius, quam illis verbis caussam, non demonstrationem contineri. Quid est enim maritum promisisse dotis nomine, nisi promisisse ob caussam dotis, quam prius acceperat, sive ideo promisisse, ut esset dotis loco, vel ut esset uxori satisfactum nomine dotis, quam ab illa accepisset? Quid est veteribus, fundum aut pecuniam sponso dare dotis nomine in *L. qui se debere*, *et L. quod Servius*, *supra*, *de cond. caus. dat*? an non dare ob dotem, sive ea gratia, ut sit dotis loco, sive ut in dotem convertatur? et ideo iisdem in locis quod ita datum est, nuptiis non secutis repeti posse dicitur tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. Tantum inter eam pecuniam, quæ marito futuro datur dotis nomine, et eam, quam maritus ipse promittit, et dare vult uxori dotis nomine, hoc interest, quod illa datur nomine dotis futuræ; hæc promittitur nomine dotis præteritæ, et iam acceptæ; cæterum in utraque nomine dotis declarat caussam, ob quam dos data promissave est. Postremo quid est notius, quam his verbis, *eo nomine*, Latine scientibus significare ea gratia, ob eam caussam, et similia? Placet ergo quod illi dicunt, caussam esse rationem promittendi: sic enim appellatur a Papiniano in dicta *L. cum tale*, §. *falsam*, *de con. et dem.* Sed vel una hac ratione maxime efficitur, quod nolunt, hic

hic caussam esse promittendi, non demonstrationem. Maritus enim centum promittendo, hac adiectione, *dotis nomine*, rationem reddit, cur promittat, quæ sit huiusmodi: quia centum in dotem a te accepi, ideo huius dotis. nomine centum ea tibi recte daturum me spondeo. Itaque quod ita sumunt; qui promittit dotis nomine, quid promittat, non cur promittat, ostendit; utrumque eiusmodi est, ut ab illis invertendum fuerit, ut ita dicerent; qui promittit dotis nomine, cur promittat, non quid promittat, ostendit: unde ita colligendum; caussam igitur, non demonstrationem. Et sane qui promittit centum, in eo quid promittat, perspicue ostendit: est enim hic summa centum, quæ promittitur: quod autem addit, dotis nomine, palam est in eo non ostendi, quid promittat, cum in eo nihil novi promittatur: sed caussam reddi, cur illa centum, quæ dixi, promittat. Nam quod movet eos, quod dicitur in *L. si sic legatum*, §. *si mihi*, *supra*, *de leg.* 1. *et* L. *ult. C. de fal. cau. ad.* falsam demonstrationem non perimere legatum dotis, quid ad rem pertineat, non intelligo. Non enim si proponitur falsa demonstratio legati dotis in suprascriptis locis, ideo hoc loco de falsa
3 caussa promissæ dotis non agitur. † Falsa demonstratio est dotis, cum quantitas dotis legatæ designatur aut ex eo, quod Titius debet, qui nihil debebat, aut ex eo, quod Titio debeo, qui nihil debebam; quæ species est dictæ *L. si sic legatum*, §. *si mihi*, aut ex instrumento, quo scriptum erat falso eam quantitatem numeratam esse; quæ species est dictæ *L. ult. C. de fal. caus. ad.* In quibus nihil simile ei, qui quod promittit, non designat aliter, quam ipsius quantitatis appellatione, tantum: quamobrem, et quo nomine promissum velit, exprimit. Est igitur hoc loco id, quod dixi, et in quo consentiunt omnes: falsa caussa nimirum promissæ dotis, non falsa demonstratio. Si falsa demonstratio esset, multo minus eam stipulationi nocere diceremus; quid enim ad rem pertinet error nominis, si alioqui res promissa intelligatur? de quo bene scriptum est apud Iustinianum in §. *si quis in nomine*, *Instit. de leg.* omnis autem demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum*, *supra si cer. pet.* Sed non eo minus laborandum nobis est, ut falsa caussa hoc loco retineatur, non solum ut constet responso sua sententia, sed etiam ut
4 utilis sententia ex hoc loco statuatur: † ea est non solum falsam demonstrationem stipulationi non nocere, uti nec legato: sed nec nocere falsam caussam præteritam: de qua si aliis locis quidquam aperte scriptum esset, poterat hic locus a me prætermitti.
† Nunc autem hic unus locus occurrit, in 5
quo diserte traditum sit de falsa caussa stipulationi adiecta: proinde hunc nobis in hac sententia eripi pati non debemus. Non enim si in legato certi iuris est, falsam caussam legato non nocere, continuo efficitur idem recipiendum esse in stipulatione. Dici enim potuit hanc ideo non obstare legato, quia in testamentis plenius interpretemur testantium voluntates, ut exitum habeant. *L. in testamentis*, *infra*, *de regulis iur.* unde videmus impossibilem conditionem in legatis reiici, ut legatum quasi conditione non adscripta valeat: quæ in stipulationibus retinetur, eoque obstat stipulationi, ut diximus ad *L. impossibilis supr.* Scriptum est, et quidem diserte in *L. summa*, §. *id quoque*, *supra*, *de condictione indebiti*, quod ob caussam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, cui dedi, licet non sit factum, repeti non posse. Sed ne hoc quidem satis, ut sine hæsitatione colligatur idem probandum esse, si quid ob falsam caussam promissum sit. Dici enim et hic potuit, quod est in *L.* 1. *in princ. supra de pig.* facilius rei ob falsam causam datæ retentionem possidenti dari, quam rei ob eandem caussam promissæ stipulatori competere actionem. Ita demum res certa efficitur, si alicubi traditum sit falsam caussam, ut legato non officit, sic nec officere stipulationi. Id cum factum sit hoc loco, melius est et tutius hunc retineri, quo omnis vel controversia, vel dubitatio præcidatur. Idque eo etiam diligentius faciendum est, quod ne sic quidem caret ea sententia sua dubitatione; adversus quam etiam nunc nobis confirmanda est. Cur enim hæc verba, *dotis nomine*, non potius sic accipiuntur, ut si dos data fuerit, centum promissa debeantur: si non sit, non debeantur? An caussa et ratio promittendi frustra adiecta est? atqui omnis oratio in re dubia sic accipi iubetur, ut aliquid egisse videatur, nec sit inutilis. *L. si quando*, *supr. de leg.* 1. *L. quoties in stipulationibus*, *infr. eod.* *L. quoties in*, *supr. de reb. dub.* Nos vero caussam præteritam pro non adiecta esse dicimus, eoque nec nocere. Aliter, fateor, interpretari oporteret adiectionem in re dubia, et voluntate obscura: at in re certa semper id sequendum est, quod actum esse constabit L. *semper in stipulationibus*, *infr. de reg. iur.*

L.

L. quidquid, *infr. eod.* Id autem hic sensum esse a promissore, ne falsa caussa præterita noceret, ex eo apparet, quod qui eam caussam adiecit, donare voluit: quæ ratio a Paulo redditur in *L. in summa*, *§. id quoque*, *supr. de cond. ind.* Sed unde hic animus donandi colligitur? Non tam colligitur aliunde, quam ultro se ostendit. Agimus enim de eo, qui eam caussam adiecerit, propter quam dare non cogeretur; de eo, cui liberum fuerit non dare. Certi autem iuris est donari intelligi, quod nullo iure cogente conceditur. L. *donari*, *supr. de don.* Nec tantum ad eum, qui dat aliquid, sed etiam ad eum, qui promittit, hæc definitio pertinet. *L. Cam-*
6 *panus*, *supr. de. op. lib.* † Cur ergo de re ob caussam futuram data aut promissa idem dicere non licet, in qua tamen constat caussam non frustra adiici, sed si ea secuta non sit, et datum et cautionem condici posse? Quia ob caussam futuram qui dat, eam caussam sequi vult, quia et caussa sequi potest; quod si sequi non posset, ut quia esset impossibilis, cessaret hic quoque condictio. *L. dictam*, *C. de cond. ob. caus. dat.* Qui autem dat ob caussam præteritam, perspicuum est eum non sic dare, quia caussam sequi velit; cum aut iam sit impleta, aut si non est, non possit amplius in præteritum impleri.
7 † Sed cur debetur potius, quod ob caussam præteritam promittitur, licet caussa falsa sit, quam si quid promittatur sub conditione in præteritum concepta; veluti, si Rex Parthorum vicerit, ubi certum ius est, si conditio falsa sit, iam ab initio nihil deberi? *L. conditio*, *infr. eod.* *§. conditiones*, *Inst. eod.* Conditionis adiectæ hæc vis est, et manifesta significatio, ut qui eam adiecit, nihil deberi velit, nisi illa exstiterit. Ideo de caussa falsa etiam in legatis hoc servatur, ut si conditionaliter concepta sit, inutile sit legatum. *L. demonstratio*, *§. quod autem*, *supr. de con. et demonstr.* *§. longe*, *Inst. de leg.* quod multo magis in stipulationibus recipiendum est. Non eandem significationem habet ratio legandi, promittendive; idest, caussa: conditio omnis de affirmatione quid detrahit, ac velut excipit. Ratio non minuendæ propositionis, sed confirmandæ caussa adhibetur, ut potius eam ponere, ac quodammodo magis statuere videatur. Sed ut nihil obstent cætera: tamen quæritur, quomodo non videatur pugnare cum hac sententia, quod Ulpianus scribit in *L. 2. §. circa*, *supr. de dol. mal. et met. exc.* semper doli exceptionem nocere ei, qui sine caussa quid sit stipulatus. † Nam hoc fecisse videtur 8
is, qui ob caussam falsam præteritam stipulatus est: quid est enim falsa caussa, nisi ea, quæ non est? Et dicendum est esse quidem hic promissionem sine ea caussa, quæ adiecta fuit: sed non ideo esse sine caussa. Illa enim priore detracta superest donationis caussa, ob quam eum semper promittere diximus, qui ob falsam caussam promittit: hæc abunde iusta dandi, promittendive caussa est, quod promissor donare, et liberalitatem exercere voluit: alioqui ex donatione nunquam dominium transferretur: cum nunquam nuda traditio transferat dominium, sed ita, si caussa aliqua iusta præcesserit, propter quam traditio sequeretur. *L. nunquam*, *supr. de acq. re. do.* hinc titulus pro donato inter iustissimas caussas rerum transferendarum. Tit. *pro donato*, *D. et C.* Et hæc quidem in promissore, qui scivit caussam, ob quam promittebat, falsam esse, expeditam rationem habent; qualis est maritus, qui proponitur: qui an dotem accepisset, necne, ignorare non potuit. † At quid, si in ea caussa erravit 9
promissor: putarit forte dotem patri suo datam; putarit negotia sua gesta esse, quæ non erant, et ob eam caussam quid promiserit? Et in specie proposita dotis placuit maritum, si per errorem plus promiserit, quam accepisset, non plus debere, quam quanta dos fuisset. L. *penult.* *§. mulier*, *supr. solut. mat.* Et recte: non enim donare voluit, qui se dotis nomine teneri putabat, quique teneretur re vera de eadem reddenda, si illa numerata esset. Aliud probat Paulus in *d. L. in summa*, *§. id quoque*, *de cond. ind.* si quis dederit ob caussam, quia negotia eius gesta sint ab eo, cui dedit. Vult enim eum donasse videri, eoque et datum repetere non posse, etsi falso ita factum esse sibi persuaserit. Recte hoc quoque, nec est superiori contrarium. Etsi enim dantis negotia gesta sint; non tamen ideo is gerenti propter operam administrationis obligatur. Quare licet gesta putet, quæ gesta non sunt: quia tamen scit, etsi id factum esset, se dare non cogi, ideo si det, donare intelligitur. Refert igitur, qualis sit caussa falsa, propter quam quis promiserit, utrum ea, ex qua si vera esset, cogeretur dare, an vero ea, ex qua non cogeretur: ut si quidem ob illam ab errante promissum sit, exceptione tutus promissor actionem non metuat: sin ob hanc promissum fuerit, pariter et a sciente et ab

ab errante promissum debeatur. Quod tamen ad centum dotis nomine promissa attinet, de quibus hic agitur, semper meminisse oportebit illa deberi hac conditione, quæ hic adiicitur, *si divortio facto promissa sint.*
10 *cto promissa sint.* † Nam constante matrimonio, si promittantur, ideo stipulatio non valet, quia donationis caussa fit, ubi promissor, quod non accepit, eoque non debet, sciens promittit. *L. Campanus*, *supr. de op. lib.* quemadmodum et is intelligitur donare, qui sciens indebitum solvit. Donatio autem inter virum et uxorem iure prohibetur. *L.* 1. 2. *et* 3. *sup. de dona. int. vir. et uxo.* Ac vir et uxor constante matrimonio esse intelliguntur soluto esse desinunt. Hæc de ea summa dicta sunt, quæ dotis nomine a viro promissa est, cum maritus prius eatenus ni-
11 hil dotis nomine accepisset. † De ea quam accepit, et quam soluto matrimonio promittit, quoniam satis constat illam deberi, solum id hoc loco observandum est, quod dicitur eam actione de dote deberi, id est, ita deberi, ut ea actione exigi possit. Cur non potius dixit, condictione certi ex stipulatione? An quod hic stipulatio fuit inutilis? Sed nihil proponitur, cur non sit utilis: non enim hic bis dos promittitur, ut quis dicat posteriore stipulatione nihil agi ex *L. qui bis*, *supr. eod.* sed semel tantum: cum prius non fuerit stipulanti promissa, sed numerata dumtaxat, ac proinde actione de dote debita. Sed etsi prius stipulanti promissa esset, non eo minus valeret stipulatio posterior: non enim posteriore idem promittitur, sed amplius: quoniam priore actione dos exigi solum potest post annum, interusurio medii temporis promissori constituto. *L. unica*, §. *exactio*, *C. de rei uxo. ac.* Ex posteriore autem stipulatione debetur statim detracto interusurio temporis. Interim hic placet agi posse et pristina actione, si uxor velit. Unde intelligitur priorem obligationem posteriore stipulatione quamvis pleniore novatam non esse. Quod si post constitutionem Iustiniani, quæ est de novationibus, scriptum esset, res non haberet dubitationem: cum ita constitutum ab illo sit, in universum non fieri novationem, nisi nominatim dictum sit, ut fieret. *L. ult. C. de nov.* Nunc autem a veteribus iuris actoribus hoc scriptum est, apud quos in specie huius loci, et similibus novationem sine alia aperta conventione admissam fuisse ex eadem illa constitutione Iustiniani constat. Sed, quod eadem constitutio declarat, quemadmodum maxima pars ex adiectione novæ personæ, aut rei novationem colligebat, ita erant ex veteribus, qui eam non admitterent, nisi ubi de ea constaret: fuerunt enim discrepantes de hac re veterum sententiæ. In his posterioribus fuisse Proculum et Pomponium ex hoc loco coniecturam facere possumus.

Ad L. Si id quod aurum. 22.

Paulus **libro IX. ad Sabinum.**

Si id quod aurum putabam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius æris nomine: quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

SUMMARIA.

1. *Nihil agitur inter eos, qui in corpore dissentiunt.*
2. *Error nominis, si de corpore contrahentes consentiant, obligationem non impedit.*
3. *Si in corpore consensum est, licet in materia erratum sit, contrahitur stipulatio.*
4. *Error in materia vitiat venditionem, et cur diversum in stipulatione.*
5. *Ære pro auro vendito, si auri quid admixtum massa habeat, valet venditio.*
6. *Ad quid teneatur promissor, si in materia erratum sit.*
7. *Quomodo accipiendum, quod de doli clausula in h. L. dicitur, et quid doli clausula contineatur.*
8. *Quando de dolo actio in proposita stipulatione locum habeat.*

POstquam ut posuimus initio, et ad *L.* 5 §. *stipulatio supr.* stipulatio contractus est, eoque nisi ex utriusque consensu non valet: consequens est inter eos, qui in re, de qua stipulatio fit, dissentiunt, nullam contrahi obligationem. Inde quæsitum, qui videantur consentire de re, qui dissentire. Et de duobus inter omnes convenit: primum non consentire eos, proinde † et inter eos nihil agi, qui in cor- 1
pore rei dissentiant, ut, si unus stipuletur Stichum, alter se de Pamphilo interrogari exi–

existimans, quem Stichum vocari putet, spondeat. *L. inter*. §. 1. *L. continuus*, §. 1. *infr. eod. L. in venditionibus*, *supr. de cont.*
2 *empt.* † E diverso consentire omnes, quod satis sit ad obligationem de re contrahendam, qui de corpore et materia seu substantia rei consentientes errant tantum in rei nomine: quia nihil nomen de re mutet, imo nec quidquam ad rem pertineat, si alio modo de re constet. *L. si in nomine*, dicta *L. in venditionibus*, *de cont. em.* §. *si quis in nomine*, *Inst. de leg.* Tertium olim habuit, et habere etiamnum dubita-
3 tionem potest, de quo hic agitur, † si forte de corpore rei inter se contrahentes consentiant, sed dissentiant in materia, ut si quis massam re vera æream stipuletur, quam auream putet, an de eo corpore saltem contrahatur obligatio, quia in eo consensum est; an vero quia erratum est in materia, idest, in materia dissensum, nihil agatur: constat enim non consentire eos, qui errant. *L.* 2. *supr. de iud.* Et placuit ipsum corpus, in quo consensum est, deberi. Recte: nihil enim hic amplius exigebat stipulatio, quam consensum, quem hactenus intervenisse apparet. At enim non consentiunt, qui errant: fateor, in eo in quo errant, ac ne in eo quidem obligationem contrahi vere dicitur. Sed in quo non errant, in eo ab his consensum esse negari non potest. Erratum est in materia: ne aurea quidem materia debebitur ex stipulatione: alioqui deberetur res alia, quam quæ in stipulatum deducta est. Sed consensum est in corpore: vel ipsa ratio superior hoc efficit, ut ea commutata iam corpore obligatio contrahatur propter consensum. Qua ratione idem et in omni alio contractu probandum est, si modo eiusmodi sit, ut quemadmodum in stipulatione, sic in eo is qui rem accipit, non ita obligetur, ut pro ea re aliquid vicissim ei, unde accipit, præstare debeat. Et ideo in pignore, si debitor cum æs pignori daret, affirmarit hoc aurum esse, atque ita pignori dederit, placet æs pignori obligari, quia in corpus consensum sit. *L.* 1. *in fin. supr. de*
4 *pig. ac.* † Alia caussa visa est emptionis et venditionis, in qua si in corpore non erretur, sed error sit in substantia, seu in materia (nam hæc pro eodem ab Ulpiano usurpari in *L. in venditionibus*, §. *ult. et L. quid tamen*, *supr. de con. empt.* exempla, quibus ille hanc quæstionem explicat, et quibus promiscue hæc verba attribuit, satis indicant) si, inquam, erretur solum in materia, veluti si quis ignorans æs pro auro ignoranti vendat, scribit ille supra scriptis in locis nullam esse venditionem. An quod emptio bonæ fidei contractus est, stipulatio stricti iuris? Ne id dixerimus: nam primum refelletur hæc ratio exemplo pignoris, in quo dando cum contractus agatur, quem bonæ fidei esse constet: §. *actionum*, *autem*, *Inst. de act.* tamen etsi in materia eius erratum sit, nihilominus pignus contrahi receptum est, ut supra diximus. Deinde cum in emptione in materia tantum erratum est, aut dicemus in corpore consensum esse, aut non esse. Si consensum est, tantum abest, ut propterea negare debeamus in eo emptionem contrahi, quia emptio bonæ fidei sit, ut hac ratione efficiatur potius, tanto magis emptionem in corpore valere debere. Nusquam enim magis convenit ea servari, de quibus conventum est, quam in iudicio bonæ fidei; cum nihil magis bonæ fidei congruat, ut est in *L. ex empto*, *in prin. supr. de cont. empt.* Sin fatemur in corpore consensum non esse, cum error est in materia: recte quidem dicitur in eo emptionem non contrahi; sed caussa in eo erit, non quia emptio sit bonæ fidei, sed quia sit contractus, qui ob eam caussam consensum desiderat, ac sine consensu nullus est. Atqui stipulatio non minus contractus est, nec magis sine contrahentium consensu, quam emptio, aut ulli alii contractus, perficitur: ut si in stipulatione proponantur contrahentes in corpore rei alicuius non consensisse, nihilo magis obligatio contrahatur, quam in emptione. *d. L. inter*, §. 1. *infr.* Ex quibus apparet, cum quæritur et in emptione, et in stipulatione, cum in corpore non erratur, sed erratur in materia, an obligatio in eo corpore contrahatur, quæstionem non in eo esse, qualis sit contractus, de quo agitur, bonæ fideine, an stricti iuris; sed an in corpore eius rei consensum sit, in cuius materia erratum fuit: ut si consensum est, pariter de eo contrahatur obligatio et in stipulatione et in emptione, atque adeo in emptione multo magis: sin autem consensum non erit, tum pariter ne ex stipulatione quidem quidquam debeatur. Secundum hoc dicemus, quod stipulatio valet, cum in materia erratum est, eo fieri, quia nihilo minus in corpore rei consensum sit: quæ ratio hoc loco redditur: quod autem in eodem errore emptio non valet, contraria de caussa evenire, quia scilicet in eo genere contractus propter errorem in materia fiat, ut emptor ne in corpore quidem ipso rei venditæ consensisse intelligatur. Unde in *d. L. in venditionibus*, *et L. quid tamen*, *de contr. em.* observabimus

nus-

nusquam ab Ulpiano quæstionem ita proponi, ut dicat consensum esse in corpore, erratum in materia: sed semper ita, ut dicat erratum in materia, non erratum in corpore. Sed unde in eodem errore sensus contrahentium dissimilis? Mutata ratio utilitatis creditoris in utroque genere hanc voluntatis dissimilitudinem facit. Nam in stipulatione qui certum corpus stipulatur, pro eo corpore nihil præstat, et dum nihil præstat, interest illius tale corpus habere potius, quam nullum: eo etiam non minus consentire intelligitur, ut id quod sine incommodo potest, habeat. In emptione contra est pretium constitutum, quod pro massa ærea, quam auream putabat, debeat præstare: hac conditione massam habere venditam non modo illi non expedit, sed etiam maxime est damnosum: ob hanc caussam in materia dissentiens, eamque non habens, quam cupiebat, ne in corpus quidem consentire intelligitur, ut id
5 pro pretio constituto habeat. † Quod tamen dicimus in emptione, errorem in materia officere emptioni, si æs pro auro væneat, ita admissum est, si massa nihil inauratum, seu nihil auri admixtum haberet. Quod si haberet, placuit venditionem valere quasi aurea vendita, etsi aurum esset deterius. *L. aliter*, *et d. L. quod tamen*, *supr. de cont. em.* Neque offenditur hæc sententia, cum in *L. cum ab eo*, *§. ult. supr. de cont. empt.* dicitur nulla esse emptio, si quis mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendiderit imprudens. Non enim ideo mensa argentum admixtum habet, si est argento cooperta. Operimentum mensæ, seu lamina illa, quæ mensam operit, non est ex mensa, sive mensæ pars non est, necesse est enim aliud esse mensam, aliud id quo mensa cooperitur. Quod si etiam operimentum mensæ pars dici posset: tamen perspicuum est non esse partem cum reliqua mensa confusam, ut propterea dici possit mensa pro solido, et in omnibus partibus argentea, quod supra requirebamus. Sed de eo alias opportunius, cum de emptione dicemus. Redeo ad stipulationem, in qua volumus errorem, id est, dissensum in materia nihil obstare sti-
6 pulationi, si in corpore consensum sit. † Sed quid debebitur ex hac stipulatione; utrum id solum corpus, quod æs fuit, an vero quod mea interest aureum fuisse, uti putabam? *Teneberis* mihi, inquit Paulus, *huius æris nomine.* Et hoc quidem consequens est, ut huius saltem nomine mihi tenearis, si in hoc corpus consensum est,
7 et hactenus stipulatio contracta. † Sed quid sibi vult, quod ille subiicit: *Sed ex doli clausula tecum agam, si sciens me fefelleris?* nam his verbis contineri correctionem præcedentium apparet. An igitur hoc sentit te non teneri huius æris nomine, si sciens me fefelleris, nisi doli clausula adiecta fuerit in stipulatione (de hac clausula dicam paulo post) hac quidem adiecta, tum eo nomine ex ea agi posse: non adiecta autem, te nullo modo teneri? Non hoc sic debet accipi: sive enim scivisti æs esse, quod aurum putabam, sive et tu aurum æque putasti, semper id corpus, quod fuit, promisisti, quod ego a te sum stipulatus: atque ita in idem corpus a nobis consensum est; proinde, ut dixi, et de eo stipulatio contracta, ex qua et mihi ex stipulatu eo nomine actio, sive de dolo mihi a te ex doli clausula nominatim caverim, sive non caverim. Et stulte metuemus in proposito, ne dolo tuo interveniente doli mali exceptione summoveatur petitio, si de dolo mihi non caveris. Quod enim dicitur in *L. dolo*, *C. de inutil. stipul.* Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit; per doli mali tamen, vel metus exceptionem summoveri petitio debet: de eo dolo dictum est, quo deceptus a stipulatore promissor stipulanti promisit. Nam cui detur exceptio, nisi promissori, adversus quem ex ea stipulatione agitur? atqui decepto datur doli exceptio adversus decipientem actorem, ne ei dolus suus prosit. *L. 1. supra*, *de do. ma. exc.* decipienti vero eandem exceptionem dari adversus deceptum actorem plane absurdum est. Quo enim hæc exceptio promissori? nempe ut fateatur se decepisse stipulatorem, et ideo postulet, ne stipulatio valet, aut ne ex ea teneatur, idest, ut dolus suus sibi prosit, aut certe ne noceat: quæ postulatio et defensio ut improba omnibus legibus, omni iure repudiata est. L. *transactione finita*, *C. de trans.* Et doli actio, et exceptio doli introductæ sunt, ne cuiquam malitia sua lucrosa sit, aut aliis damnosa. L. 1. *supra*, *de dol. dict.* L. 1. *supra de dol. ma. exc.* Nos vero hic exceptionem dabimus, quo rei æquitas invertatur, ut dolus suus decipienti prosit, noceat decepto stipulatori? Denique generale illud tenendum est; deceptis, non decipientibus iura opitulantur. *L. 2. §. 1. supra*, *ad Vell.* Sit igitur hoc ratum, si id quod aurum putabam, cum æs esset, mihi imprudenti promiseris, semper teneri te mihi eius æris nomine, etsi nulla doli clausula adiecta fuerit, qua mihi de dolo tuo caveres. An ergo Paulus significat potius dolo a te adhibitio, et do-

li clausula adiecta, non teneri te ex reliqua stipulatione, sed ex doli clausula; remoto autem dolo, aut non adiecta doli clausula, ex reliqua stipulatione agi posse? Sed neque hoc verbis convenit, et per se est nugatorium. Nam de actione ex stipulatione, et promissione æris nihil prius dixerat; ut ad eam actionem non possit correctio sequens referri. Tum autem etsi ex doli clausula agitur, tamen agitur ex stipulatione: quia hæc clausula stipulationis pars est. Ergo in eo correctio est, quod dixit Paulus te mihi teneri huius æris nomine; *huius æris nomine* dixit, non amplius. Id ita temperat, et interpretatur, ut si quidem me non fefellisti, tenearis mihi huius tantum æris nomine: sin sciens me fefelleris, ego ex doli clausula tecum agam, idest, in id quod mea interest me abs te non decipi, cuius nomine agitur ex doli clausula, ubi illa interposita est. Quapropter si me non fefellisti, hoc statuendum est, nullo modo me tecum agere posse, nisi eius corporis nomine, quod in stipulationem deductum est, ut quale est, tale detur. Quod duobus temporibus contingit. Unum est, cum et ipse ignorasti æs esse, quod æs erat: alterum, cum scivisti quidem, sed pariter et ego. Nam si ignoras, dolo cares, eoque non fallis; certe non fallis sciens. Si ambo scivimus æs esse, etsi dolo non vacas, tamen ideo non fallis scientem, quia non fraudantur, qui sciunt, et consentiunt. *L. nemo videtur*, *infra de regul. iur.* neque vero certiorari debuit, qui non ignoravit. *L. 1. in fin. supra*, *de act. em.* E converso si sciens fefelleris, quod ita fit, si sciens æs esse tanquam aurum promisisti ignoranti; intelligendum est non iam eius tantum corporis nomine, quale fuit, te mihi teneri; sed amplius, si doli clausula addita fuit, teneri te ex ea clausula in id quod mea interest aureum fuisse, quod fuit æreum. Id efficit doli clausula, qua Paulus ait me hoc casu tecum acturum. Est enim doli clausula in stipulatione ea pars stipulationis, qua promissor certis rebus in stipulatum deductis, tandem generaliter cavet stipulanti, dolum malum a se abesse, abfuturumque esse. *L. doli.* 119. *L. ex ea parte.* 121. L. *si ita quis*, 135. §. *ult. infra eod.* His verbis com promittat quis se non facturum, intelligimus, si contra fecerit, stipulationem adversus eum committi in id, quod stipulatoris interest, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si pœnam*, *L. quoties quis*, *infra eod.* Ita in specie proposita in hoc tecum agam, quod mea interest in eo corpore, quod promittebatur, abs te non decipi, seu quod interest aureum fuisse, quale a me putabatur. Eo autem quod mea interest, continetur auri æstimatio, quæ futura esset, si me non fefellisses; et præterea si quod damnum ex eo errore natum sit, quod aurum me abs te accepisse sim arbitratus. In quo haberi debet, si quos sumptus in ea re exornanda fecerim, qui aureo corpori conveniebant, aut si quid eo corpore tanquam aureo vendito ego emptori ex emptione præstare debeam ob id, quod repertum sit non esse aureum: Arg. *L. Aristo*, §. *ult. supra de don.* Hæc enim sunt, quæ habere potuerim, si aurum fuisset, quod æs fuit. Id autem quod interest est id, quod mihi abest, quodque habere potui. *L. si commissa*, *infra*, *rem rat. hab.* Hoc ergo est, cuius nomine agi posse Paulus vult intelligi, cum ait me tecum acturum ex doli clausula. Et quid, si doli clausula prætermissa erit? Significat te mihi amplius, quam æris nomine ex stipulatione non teneri. Sed ex stipulatione, inquam. † Cæterum si corpore abs te accepto, quod aureum putabam, aliquid eorum contigerit, 8
quæ supra dixi, de dolo actio mihi adversus te dabitur, ut ea præstes, quæ si abs te essem admonitus, mihi non abessent. *d. L. Aristo*, §. *ult. de don.* Nam ut aurei corporis æstimationem præstes, actione de dolo consequi non possum. Actio de dolo de indemnitate est. *L. rei quam*, *supra*, *de dol.* sive de eo, quod propter dolum tuum mihi damni accesserit, *L. cum quis persuaserit*, *eod.* Nunc autem aurei corporis æstimatio non abest mihi, quia me celasti æs esse, quod promittebas; sed quia id corpus re vera æs fuit. Nam etsi me admonuisses, non ideo tamen auri æstimationem essem consecutus. Aut enim idem corpus essem stipulatus; et nihil nisi æs stipulatus essem: aut stipulatus essem corpus aureum in genere; et quis scit, an id promissurus esses, ut quis dicat aureum corpus huic, de quo agitur, simile mihi ex promissione tua accedere potuisse?

Ad L. Si ex legati caussa. 23.

Pomponius lib. IX. ad Sabinum.

Si ex legati caussa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

SUMMARIA.

1. *Res utiliter promissa si sine culpa debitoris dari posse desinat, perimitur obligatio.*
2. *Generalem esse huius L. definitionem ad omnem rem quavis ex caussa debitam, mobilem, immobilem, animatam, inanimatam, certam speciem et quantitatem pertinentem.*
3. *In incertis, quia non pereunt, casus non liberat debitorem.*
4. *An corpore debito perempto ad æstimationem saltem teneatur debitor.*
5. *Rebus nostris demortuis etiam quod ex his superest, nostrum est.*
6. *Culpa debitoris interveniente perpetuatur obligatio.*
7. *Quando intelligatur per debitorem stare, fieri: seu quando videatur in eo culpa esse, quo minus det.*
8. *Quatenus qui interpellatus non dat, moram facere dicatur.*
9. *Differendi iustæ caussæ, quæ a mora debitorem excusant, quatuor.*
10. *Adversus quos, quibus in rebus, et a quibus Creditoribus non exigatur interpellatio.*
11. *Interitu naturali si perierit res, quæ penes Creditorem fortassis erat eodem modo peritura, an nihilominus post moram teneatur debitor ad æstimationem.*
12. L. si plures, §. ult. Depos. *interpretatio.*

1 UT quod natura aut iure dari non potest, frustra promittitur, omninoque in obligationem deduci non potest: *L. si stipulor, infra, eod.* sic quod dari poterat, ab initio utiliter promissum, si postea sine culpa debitoris dari posse desinat, et ipsum ita desinit deberi, ut statim perimatur obligatio, omninoque debitor liberetur. §. 1. *Inst. de inut. stip.* Efficitur utrumque ex eo principio, quod de omni obligatione recte constitutum est, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infra, de regu. iur.* Id enim universim definitum de omni obligatione, pariter et ad contrahendas obligationes, et ad contractas pertinet: ut quemadmodum rei impossibilis obligatio contrahi non potest, quia finis obligationis repugnat: sic nec ea quamvis initio recte contracta possit consistere, cum sine culpa debitoris cœpit præstatio esse impossibilis, ob eandem caussam. Inde dictum evanescere obligationem, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. *L. pro parte, supra, de servit.* Ex his principiis hæc nata sunt: primum quod de interitu hic traditur, et *L. Titiæ, §. ult. de leg.* 1. debitorem si per eum non steterit, quominus daret, interitu rei debitæ liberari: deinde et illud, quod eiusdem rationis est, et ad interitum quendam civilem pertinet; eodem modo liberari debitorem, si cum per eum non stetisset, quominus daret, res exempta sit hominum commerciis: veluti si res profana, sacra; Stichus, liber factus sit: de qua specie in *L. inter, §. sacram, infr. eod.* † Et quanquam de ho- 2
mine certo debito hic concepta est definitio, et eo, qui ex legati caussa, aut ex stipulatu debeatur: tamen universi generis hæc definitio est ad omnem rem pertinens, quæ debeatur: sive ea mobilis sit, sive immobilis; sive animata, sive inanimata; et sive certa species sit, sive quantitas certa, puta quæ in arca est: nec quidquam refert, qua ex caussa debeatur. *L. si certos.* 37. *infr. L. cum res, §. ult. supr. de leg.* 1. *L. in ratione, §. verum, supr. ad leg. fal.* scilicet in omnibus eadem iuris ratio est: ut perspicuum sit, quæ de certo homine, aut caussis addita sunt, exempli caussa addita esse, ut res esset planior. Et ideo regula generaliter concepta est in *L. quod te, supr. si cert. pet.* de eo nimirum, quod te mihi dare facere oportet. † Non est additum, *quod cer-* 3
tum. Id enim ex attributo satis intelligitur; quandoquidem definitio est de iis rebus, quæ pereunt, quod in res certas solum cadit. Incertis rebus promissis, ut cum homo generaliter promissus est, aut cum centum aurei debentur; non possunt eæ quæ promissæ sunt, dici perire: cum in his omnes pariter debeantur, tam quæ ex-

exstant, quam quæ postea perierunt. Arg. in *L. Mævius* §. *duorum*, *sup. de leg.* 2. Eo fit, ut in his nullus casus rerum liberet debitorem. *L. incendium*, *C. si cert. pet. d.* L. *in ratione*, §. *incertæ*, *supr. ad leg. fal.* Et ipsum quidem corpus debitum, quod interiit, aut hominum commerciis exemptum est, amplius non deberi quis fa-
4 teatur; quia nec dari potest. † sed dubitet de æstimatione, num hæc saltem debeatur, quia hæc natura possit præstari. Dicimus hoc loco, et similibus post mortem rei debitæ, debitorem non teneri: ut sit sententia sic rei debitæ nomine eum liberari, ut nec æstimationem debeat: idque ita traditum est in *d.* L. *in ratione*, §. *incertæ*, *ad leg. fal.* L. *cum res*, §. *ult. supr. de leg.* 1. Et recte: rem enim ab initio præstare debuit, non æstimationem. Ratio ad simile quiddam efficiendum a Paulo reddita in L. *venditor ex hereditate*: illic, *non enim actiones*, supr. de her. vel act. ven. Adeoque verum est re exstincta nihil hinc deberi, ut placeat mortuo bove legato, qui legatarii factus non esset, neque deberi corium, neque carnem. L. *mortuo*, *supr. de leg.* 2. Finge alienum fuisse legatum. Idemque in bove et quovis alio animali ex alia caussa debito multo magis probandum est, et merito. Sunt enim hæc corporis inanimati, non animalis partes: animal enim morte esse desiit; animal autem,
5 non cadaver promissum erat. † Alia caussa est rerum nostrarum: quibus demortuis etiam quod ex his superest, nostrum est. L. *solum*, §. 1. *supr. de rei vind.* Itaque in bove surrepto et occiso condictionem esse placuit non tantum bovis, qui propter moram furis etiam nunc exstare intelligitur, sed et corii, et carnis adversus eum, qui ista mortuo bove contrectarit. L. *si servus*, §. 1. *supr. de cond. fur.* Intelligendum est enim in re furtiva soli domino competere condictionem. L. 1. *supr. de cond. fur.* In rebus promissis, aut ex alia caussa debitis, quid in obligationem deductum sit, non quid ex re promissa debitave supersit, spectamus. Sed in hac liberatione omni, de qua diximus, inest hæc conditio, si per debitorem non steterit, sive si per eum factum non sit, quominus rem præstaret.
6 † Quod si postea perierit, quam per eum factum erit, quominus daret; commutata ratione placet eum teneri nihilominus, ne culpa eius adversario noceat: quod hic traditur, et in *d.* L. *quod te*, *supr. is cer. pet.* Atqui quod periit, non minus hoc casu, quam superiore dari posse desiit. Sed propter eius culpam perinde accipitur, quasi res adhuc exstaret: eaque ratione fit, ut et teneatur etiam nunc, et quasi re exstante perpetuo teneatur. *L. nemo*, §. *ult. infr. eod.* Hoc est, quod aliis verbis definiverunt veteres, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. eod.* Per debitorem enim stare, aut fieri, quominus det, nihil aliud est, quam culpa eius fieri, quominus det. *L. is qui*, *supr. de ob. et ac.* perpetuare autem obligationem significat perpetuam facere. *d. L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr.* Quod quidem futurum est, si re post culpam debitoris peremptam non secus ille iam teneri incipiat, quam si res exstaret. † Quando per debi- 7
torem stare fieri intelligatur, seu quando videatur in eo culpa esse, quominus det, videndum est. Id duobus modis contingere tradit hoc loco Pomponius: sed brevius dictum explicationis indiget. Ergo uno modo id accidere ait, si debitor hominem promissum occidit. De occiso exempli caussa dictum est. Nos generaliter definiemus, videri per eum fieri, quominus det, quocunque modo dolo malo culpave eius factum est, ut res dari posse desineret, sive interierit ipsa, sive desierit esse in hominum commerciis: parumque retulerit in eo, utrum ipse occiderit, exemeritve, an alius eius opera. In his omnibus pariter culpam suam debitor præstat. *L. si servum*, *infr. eod. d. L. is qui*, *supra*, *prox. tit. L. quid ergo.* 53. §. *si heres*, *et seqq. supr. de leg.* 1. Dum tamen illud admoneamur, debitorem in re ex stipulatu debita eam culpam non præstare, quæ sit in negligendo: ut, si servum debuit et neglexit ægrotum, eaque negligentia factum est, ut servus moreretur: de quo disserit Paulus in *d. L. si servum*, *in princ.* Quid, si servum ipse occidit, et quidem suis manibus, verumtamen sine culpa; puta, iure occiderit? non est satis occidisse: nos culpam exigimus, ut per debitorem videatur stetisse, quominus daret; et ideo qui ita occidit, non tenebitur. *d. L. quid ergo*, §. *si heres.* Altero modo per debitorem fieri Pomponius ait, quominus ille det, eoque et mortuo postea homine promisso eum teneri, si interpellatus non dederit. Id valet, si in re debita præstanda moram fecerit. Is enim definitur moram facere, qui opportuno loco et tempore interpellatus non solvit. *L. mora*, *supr. de usur. d. L. nemo.* §. *ult. infr. eod.* Et præterea constat ex aliis locis, si quis hominem a se promissum non occidat, eum mortuo homine non aliter teneri, quam si in eo præstando mo-

moram fecerit. *d. L. si servum, infr.* Interim his verbis, *quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti*, duo complectitur Pomponius. Nam et omnem qui interpellatus non dedit, significat mortuo postea homine teneri proinde et moram facere: et vice versa eum, qui interpellatus non sit, mortuo postea homine teneri negat; quo et moram eum non facere statuit. Utrumque ut plurimum ita se habet: sed non est, perpetuum, ac multis etiam modis, si ad verba expenditur, falsum est: quapropter quatenus verum sit, considerandum
8 est. † Quod ergo dicitur per eum fieri, quominus det, qui interpellatus non dat, id est eum moram facere, ex quo eveniat, ut postea quamvis homine mortuo teneatur, sic interpretandum est: dummodo is, qui interpellatur, nullam habeat iustam caussam solutionis differendæ. Nam qui caussam differendi habet, is quamvis maxime, et cum instantia interpellatus, moram non facit, nihiloque magis tenetur, quam si interpellatus non esset. *L. sciendum. L. si*
9 *quis solutioni, supr. de usur.* † Iustæ differendi caussæ summæ sunt quatuor. Prima, si id quod petitur, non debeatur ita, ut possit peti eo modo, quo petitur: veluti, si debeatur in diem, et petatur ante diem: si debeatur certo loco, et alio loco petatur. *L. mora supra, de usur. L. cum filiusfamilias, §. ult. infr. eod.* Huc pertinet regula iuris, nulla mora intelligitur ibi fieri, ubi nulla petitio efficax iure est constituta, sive ubi id quod petitur, iure peti non potest, ut interpretatur Scævola in *L. si pupillus, infr. eod.* Paulus in *L. lecta, vers. dicebam, supra si cer. pet.* Altera caussa est recusandi, si is unde petitur, se debere ignoret, aut ignoret se debere ei, a quo interpellatur, nec ulla iusta caussa sit, quamobrem id intelligere debeat. L. *quod te, supra, si cer. pet.* Si se debere ignoret, veluti, si sit bonæ fidei possessor, a quo petitur, ut rem, quam possidet, restituat. L. *illud, supra, de pet. her.* aut si sit debitoris heres, qui de debito appellatur. L. *qui in alterius, infra de regu. iur.* Si ignoret se debere ei, a quo interpellatur, veluti, si interpelletur a procuratore creditoris, aut ab herede, quem procuratorem, aut heredem creditoris esse nesciat. L. *si quis inficiatus, supra, depos.* Tertia caussa est, si debitor, qui se debere non ignoravit, rem in potestate non habuit tum, cum interpellabatur, neque dolo fecit, quominus haberet. *d. L. quod te.* Postrema est, si debitor ideo distulit, quia sibi ad securitatem solutionis prospicere voluit: veluti, si voluit, adhiberi testes, aut adhiberi fideiussores suos, qui monerentur, ne postea iterum solverent; aut si voluit sibi cautionem suam seu chirographum reddi. *d. L. sciendum, de usur.* Ex contrario quod dicitur eum, qui interpellatus non est, mortuo homine non teneri, quia nec moram fecerit, etsi multis locis ita generaliter traditum est, ut hic, *L. mora, supra de usur. et L. Titiæ, §. ult. supra de leg.* 1. tamen ne hoc quidem est perpetuum, multasque id habet cautiones. Multi sunt rei, adversus quos non est necessaria interpellatio, ut qui satis re ipsa interpellentur. Multi quoque creditores, a quibus interpellationem requirere non satis æquum putetur. Multæ etiam res in eadem caussa. † Primum malæ fidei 10
possessores, omnesque omnino, qui rem alienam maleficio occupatam tenent, ex ipso tempore delicti perpetuo moram facere intelliguntur citra interpellationem ullam, eoque et re quovis casu amissa semper tenentur. Quorsum enim interpellatio, ut de voluntate domini admoneantur in ea re, quam sciunt se illo invito contrectare, quam eandem nec attingere debuerunt? indigni etiam suo maleficio, quibus ulla dilatio ad restituendum tribuatur. Hæc in *L. illud, supr. de pet. her. L.* 1. *§. rectissime, L. pen. supr. unde vi, L. in re furtiva, §.* 1. L. *ult. supr. de cond. fur.* Et in his quidem notandum, interdum dici moram in rem fieri, ut L. *ult. C. de cond. ob tur. caus.* quia fit sine interpellatione ex ipso tempore tardæ solutionis, ut hoc verbi exponitur in L. *in minorum, C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* Sed non eo minus recte dicetur, et in his moram fieri ex persona, ut sit, ex culpa et vitio personæ non solventis, ac non ex dilatione tantum. Ergo ex re quidem et dilatione ipsa; sed nihilominus et ex persona. Quod ideo moneo, ut in omnibus, in quibus mora fit iure communi, non singulari, intelligamus recte dictum esse in *L. mora, supr. de usur.* moram non ex re fieri, sed ex persona; idest, non ex rei dilatione sola sine vitio personæ. Sed etsi res ex contractu debeatur, non est alia interpellatio necessaria, si obligatio in diem contracta est. Satis enim creditor denunciavit debitori ab initio, quo die sibi solvi vellet, cum eum diem nominatim obligationi adiecit, quo pecunia non deberetur, sed solveretur. Itaque eum, qui sua die non solveret, sine alia interpellatione moram facere, et deinceps perpetuo teneri recte placuit. *L. magnam, C. de con. stip.* non quod non interpellari debitorem hunc

non

non oporteat, ut et cæteros: sed quia adiectio diei certa sit denunciatio creditoris declarantis, quo die sibi velit solvi: hæc autem denunciatio interpellatio est: unde bene vulgo dictum est, diem ipsum satis interpellare. Hoc ius an pertineat ad eas obligationes quæ diem tacitum habent, itemque ad conditionales, dicemus ad *L. interdum*, *infr. eod.* Postremo etiam tunc, cum obligatio ex contractu est, et pura, tamen interdum singulari iure mora fit citra interpellationem ullam, atque adeo citra ullam culpam et vitium personæ debitoris: alias favore creditoris, ut in persona minorum: *d. L. in minorum*, *C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* alias favore rei debitæ, ut in fideicommissariis libertatibus: *L. cum vero*, §. *apparet*, *sup. de fidei lib.* alias necessitate rei ita cogente: quod fit, cum non exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, §. *ult. supra*, *de usur.* In his quidem caussis tribus posterioribus moram constat fieri, sed non ex persona, idest, ut interpretamur, vitio et culpa debitoris; verum hoc ipso, quod res non solvitur, etiam si nulla culpa sit in debitore: unde supra scriptis in locis legimus in his omnibus moram ex re fieri, vel, quod idem est, in rem, seu in re. Cuius verbi, ut dixi, hæc vis est, ut fieri intelligatur mora ex ipso tempore tardæ solutionis, ut est in *d. L. in minorum*. Sed non eo minus vere definitur in dicta *L. mora*, *de usur.* moram non ex re fieri sed ex persona: propterea quod ex iure communi definitum id est, nec vero eo iure id aliter se habet. In his tribus caussis quas diximus singulare ius esse apparet. Quæ omnia quoniam diligentius sum exsecutus in *Commentario*, *de mora*, ideo fui hoc loco brevior, contentus summam rerum velut digito indicare, quarum explicatio fusior, prout cuique commodum videbitur, illinc sumi potest. Hæc de interpellatione et mora huc spectant, ut intelligamus, sive recte interpellatus debitor, sive non interpellatus aliquo modo moram faciat, ut, quod quærimus, per eum stetisse, seu factum esse existimetur, deinceps re post moram perempta sic eum teneri, ut si res exstaret.

11 † Hoc loco de naturali interitu quæsitum est, etiamne hunc præstet debitor post moram. Quid enim, si res ita periit natura sua, ut periisset si esset apud creditorem? puta, fundus promissus aut legatus chasmate perierit; incendium contigerit in ædibus creditoris, in quibus res debitæ tum forte erant; Stichus promissus vel senio, vel aliter ex morbo decesserit. Quæstio nascitur ex locis in speciem repugnantibus. Nam in *L. cum res*, §. *ult. supra*, *de leg.* 1. scriptum est, etsi fundus chasmate perierit, si tamen post moram factam id evenerit, nihilominus æstimationem deberi. Idemque responsum est de homine, aut alio quovis animali demortuo in *L. item si verberatum*, §. *ult. supra*, *de rei vind.* Contra in L. *si plures.* §. *ult. supra*, *depo.* diserte traditur æquum esse naturalem interitum ad actorem pertinere, quamvis post moram et quidem post litis contestationem. † Et ne 12
quis verbo naturalis interitus alium interitum nescio quem comminiscatur, quam mortis, aperte eo loco comprehensum est, quem hunc interitum Caius intelligat. His enim verbis ante definita res erat, absolvi debere eum, cum quo depositi actum est, si sua natura res ante rem iudicatam intercideril, veluti si homo mortuus fuerit. Confirmatur idem in L. *item si cum*, §. *pro eo autem*, *in extremo*, *supra*, *quod met. cau.* ubi scriptum est, si non culpa eius, cum quo agitur, res obierit, teneri reum, sed hac conditione, si peritura res non fuit, si metum ille non adhibuisset: ut intelligere liceat, si æque peritura res fuerit apud actorem, reum non teneri. Ego quod de hac re iam olim scripsi in *Commentario de mora*, hic quoque breviter repetam: mihi enim verissimum videtur; etsi natura sua res pereat, veluti si homo naturali morbo moriatur, aut fundus chasmate intercidat, nihilominus reum semper teneri post moram, ut pretium præstet, si actor rem receptam distrahere potuit. Non dico, si constet eum distrahere potuisse, et simul fuisse distracturum; sed solum si distrahere potuit, ut hac sola de caussa, quod potuit, etiam distracturus fuisse existimetur. Declaratur hoc in dict. L. *cum res*, §. *ult. de leg.* 1. et L. *item si verberatum*, §. *ult. de rei vind.* quo nihil æquius; et vero ita iudicari oportuit, si verum est, quod regula iuris traditur, unicuique moram suam nocere. L. *in condemnatione*, §. *unicuique*, *infra*, *de reg. iur.* Non mutat hanc sententiam, quod dicitur in L. *item si cum*, §. *pro eo autem*, *quod met. caus.* si res æque peritura fuerit apud actorem, reum non teneri. Reum enim apud actorem eodem modo perituram fuisse tum intelligere debemus, cum et corpore peritura fuit apud eum, et ita peritura, ut nec receptam distrahere potuerit, et pretium lucrari. Quod si potuit, ideo res ei peritura fuisse non videtur, quia is intelligitur rem habe-

re

re, qui pretio fruitur. *L. quia qui, supra, de usufr. et quem. quis ut*: et contra ei rem abesse dicimus, cui pretium abest. *L. Labeo, et Sabinus, inf. de ver. sig.* Ne illud quidem adversatur, quod usque adeo contrarium esse plerique existimant, quod est in *d. L. si plures, §. ult. depo.* Si homo mortuus sit natura sua, quamvis post moram debitoris, tamen naturalem interitum ad actorem, non ad reum pertinere. Hoc enim non absolute illic dictum est, sed additum est temperamentum, quod priorem sententiam minuit, et temperat conditione his verbis; *utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori*, vel ut in Pandectis Florentinis legitur, *utique cum interitura sit ea res.* Vulgo pro ratione hoc dictum accipiunt, quasi Caius de sententia Sabini et Cassii confirmaret simpliciter naturalem interitum hominis demortui, qui quidem sine culpa rei contigisset, ad actorem pertinere; et eius sententiæ redderet hanc rationem, sive suam, sive Sabini, quia naturali interitu fieret, ut et eodem modo interitura res esset, etsi restituta esset actori. Non recte hoc ita accipitur, mea sententia, ac nec potest: alioqui incurret hæc ratio in duas manifestas reprehensiones, ut dicatur et falsa esse, et si vera esset, tamen esse inepta, minimeque consequens. Si hæc eo loco veterum ratio est, primum falsum sumunt, et id quod nemo illis concederet, si res natura sua interierit, interituram etiam fuisse, etsi restituta esset actori. Quid enim, si creditor receptam rem potuit distrahere? non fuit illi interitura, ut iam dixi, si eius pretium consequi potuit. Demus tamen etsi pretium habere potuerit, æque recte dici interituram rem creditori fuisse: non tamen ex eo efficitur, quod volunt, ideo debitorem interitum naturalem præstare non debere. Sic enim illis responderemus: res quidem ipsa, quæ debebatur, corpore suo interitura erat, etsi restituta esset actori: quam ob caussam nec reus ipsum corpus amplius debebit. At pretium rei non item fuit interiturum: quare vel istorum ratione erit etiam creditori præstandum. Si quis dicet rem ante debitam fuisse, non pretium, eoque non esse mirum, si nunc pretium non debeatur, quod ab initio non debebatur; referemus ex adverso ante moram debitoris hoc ita dici posse: mora autem interveniente, hanc efficere, ut et pretium rei debeatur, si id creditor re recepta potuit consequi. Quod non solum traditum est in *d. L. item si verberatum, §. ult. supr. de rei vind.* sed etiam certa ratione iuris et æquitatis nititur. Semper enim tenebimus esse æquissimum, moram suam unicuique nocere: longe iniquissimum nocere adversario; quod et regula iuris est comprehensum. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Ergo his verbis, *utique cum interitura sit ea res, etsi restituta essel actori*, non confirmatio præcedentis sententiæ, sed correctio potius; ut dixi, aut verius conditio et temperamentum continetur, particula, *cum*, posita, non ut sit causalis, sed temporis, pro quando: ut sit sensus, Sabinum et Cassium dixisse æquissimum esse naturalem interitum ad actorem pertinere; *utique*, idest, sed hoc ita, aut verum hac conditione, seu sed tunc demum, cum interitura esset, aut cum interitura est res, etsi restituta esset actori. Id autem tunc solum accidit, cum et receptam rem actor distrahere non potuit, ut nec corpus ipsum rei potuerit habere, nec pretium. Proinde si ille potuit distrahere, et pretium lucrari, superiorum sententia est etiam post naturalem interitum, id illi a debitore post eius moram esse præstandum, quod cum his, quæ ex aliorum locorum sententia diximus, plane convenit. Nec nobis officere debet in hac interpretatione structura orationis, quod particula, *cum*, in superioribus verbis iuncta est subiunctivo, *sit*, cui modo iungi solet, cum significat caussam; aliter cum significat tempus, qua in significatione iungi solet indicativo. Observabimus enim id non esse perpetuum, et nonnunquam veteres cum pro quando coniungere cum subiunctivo, ut dicant cum sit, pro cum est, vel erit. In *L. proinde, in fin. supr. si cer. pet.* ita scriptum est. *Nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, vel adpositum*, cum repudiatum sit legatum, idest, cum repudiatum est, aut cum repudiatum erit legatum, eadem forma, qua hic dictum est, *cum interitura sit*, pro cum interitura est, vel erit. Occurrit idem in *§. aliquando, Inst. de per. et temp. act.* ubi ita scriptum est: *aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem competit: veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit*: cum versatus *sit*, pro cum versatus *est*. Quod si ut in aliis exemplaribus, ita legamus, *utique cum interitura esset res*, ut referatur ad illud, *Sabinus et Cassius dixerunt*, omnis dubitatio tolli-

litur. Recte enim, et usitate dicimus: illi interitum naturalem ad actorem pertinere dixerunt; sed tunc solum quando res interitura esset, utraque parte orationis ad idem tempus relata, nempe præteritum. Et sane illud, *esset*, quod sequitur, ita legendum esse, aut certe melius ita legi nos admonet. Id enim posterius exigit prius verbum eiusdem modi et temporis: ut ita dicatur, utique cum interitura esset res, etsi restituta esset actori: alioqui perturbabitur oratio temporibus, cum illud, *sit*, quod est in Pand. Florentinis, sit temporis præsentis, verbum autem *esset*, quod sequitur, sit præteriti imperfecti. Neque vero est, quod quisquam hanc interpretationem non bene convenire existimet cum sententia Sabini et Cassii, quæ refertur in *d.* L. *si plures.* Id quidem prima fronte videri potest: apparet enim illos hoc sensisse, naturalem interitum si non semper, at certe aliquando ad actorem pertinere posse: alioqui quod illi dixissent interitum ad actorem pertinere male id ex parte retineretur postea, ac non in totum et absolute reiiceretur. Nunc autem superiore interpretatione nostra effici quis dixerit, ut nunquam interitus etiam naturalis ad actorem pertineat: quia et si rem acceptam non semper retinere potuit creditor non magis, quam debitor; vendere tamen semper potuit. Sed hoc non ita est: multis enim modis potest accidere; ne creditor rem acceptam vendat, vel quia nolit, vel quia non possit. Quo tempore si res natura sua periit, hoc demum esse dicimus, cum is interitus ex superiorum sententia ad actorem pertineat. De his modis a me dictum est in *commentario de mora.*

Ad L. Sed si ex stipulatu. 24.

Paulus libro IX. ad Sabinum.

Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus: non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor interpelletur.

SUMMARIA.

1. *Pupillus cur sine tutoris auctoritate interpellatus moram non faciat.*
2. *Quid si tutor non appareat.*

Ex iis, quæ de interpellatione supra diximus, consequens est, quod hic traditur, pupillum sine tutoris auctoritate interpellatum moram non facere, ut postea
1 re perempta non teneatur. † Hoc enim eo fit, quia pupillus iustam habet differendi caussam; eaque duplex est; primum quod rem debitam pupillus in sua potestate non habet: non enim habet alienandi facultatem. §. *nunc admonendi*, *Instit. quib. al. lic. vel non.* Deinde quia non intelligit, an debeat propter ætatem: creditur enim ius ignorare, idque illi facere permissum est. L. *regula*, *in prin. supr. de iur. et fac. igno.* Obstat *L. si dictum*, §. *ult. supr. de evic.* ubi scriptum est pupillo (propone eum pupillum, qui venditori successerit) recte denunciari etiam sine tutoris auctoritate, ut emptorem defendat, idque nisi fiat, pupillum ob evictionem teneri. Sed eo loco adiicitur, id tum fieri, *cum tutor non apparet.* † quod et nos in omni 2
alia interpellatione admittere debemus, et ita statuere, si tutor non apparet, recte solum pupillum interpellari, et eo interpellato fieri moram, ut re postea amissa pupillus nihilominus teneatur. Idque optima ratione defenditur. Nam et si pupillus ipse una cum tutore non exstaret: tamen fieret mora ex re ipsa, ne absentia debitoris fraudi esset creditori. *L. sed etsi: in fin. supr. de usur.*

Ad L.

Ad L. Si dari stipuler. 25.

Pomponius libro XX. ad Sabinum.

Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione: quia superior quasi nulla sit, exceptione obstante.

Vide, quæ scripsi ad L. qui bis. 18. supr.

Ad L. Generaliter. 26.

Ulpianus lib. XLII. ad Sabinum.

Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

Ad L. Veluti si quis. 27.

Pomponius libro XXII. ad Sabinum.

Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat; sed et officio quoque prætoris continetur, ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.

SUMMARIA.

1. *Contra bonos mores quid.*
2. *Turpes stipulationes quæ.*
3. *An valeant ab initio stipulationes turpes Iure Civili, sed exceptione doli mali, aut in factum opposita infirmentur: an vero plane inutiles sint, ut ad eas impugnandas non sit opus alio auxilio.*
4. L. pen. de cond. ob tur. cau. *declarata.*
5. *An stipulatio, quæ penæ vinculo matrimonium obstringere videtur, proposita in* L. Titia inf. *sit contra bonos mores.*

QUod dari fieri non potest, inutiliter promittitur. *L. si stipulor*, 35. *inf. eod.* Id non posse credimur, non tantum quod natura non possumus, sed etiam quod iure. *L. filius, supr. de cond. inst.* Ac iure fieri non potest, si quid leges fieri prohibent, aut boni mores. *d. L. si stipulor*,
1 *infr.* † Est autem contra bonos mores, ut Papinianus definire videtur in *d. L. filius*, quod factum *lædit pietatem, existimationem, verecundiam nostram*, in summa quidquid est turpe, et cum maleficio coniunctum. *L. si quis inquilinos*, §. *pen. supr. de leg.* 1. hinc turpes stipulationes, de quibus consequens est, quod hic traditur in
2 *L. generaliter*: eas nullius esse momenti. † Ac turpes esse illas non ambigitur, quibus promittitur aliquid, quod per seipsum sit turpe; veluti si quis homicidium, vel sacrilegium promittat se facturum, quæ exempla sunt *L. veluti*: cuiusmodi et illam esse non dubito, cum pecunia promittitur alicui ob id, ne quid etiam istorum faciat. Ex hac quidem promissione nullam esse obligationem constat. *L. iurisgentium*, §. *si ob maleficium, supr. de pac.* Sed cur est inutilis? quia turpis. At quomodo turpis, quæ maleficium prohibet? quia hoc ipsum turpe est accipere, ut a maleficio temperes, quod facere sua sponte et gratis unumquemque oportuit. L. 2. *et L. ult. supr. de cond. ob. tur. caus.* Eiusdem generis et illa videri debet, cum stipulamur pœnam, si quis illam uxorem non duxerit, aut si ab ea, quam duxerit, diverterit: de qua in L. *Titia, infr. eod.* L. 2. *C. de inu. stip.* Neque uxorem ducere, neque ab ea, quam duxeris, non divertere turpe est: honestum est etiam, si volens facias. Sed invitum quemquam cogere, ut hæc faciat, quæ honestate vitæ, et mutuis officiis, ac mutuo amore provocanda sunt, et inhonestum et Reip. inutile Romanis iudicatum est: hanc autem necessitatem ista faciendi in se suscipit, qui et se promittit ea facturum, et nisi fecerit, promittit pœnam. Hæ ergo stipulationes sine dubio turpes, in quibus turpe aliquid in stipulatum deducitur, sive id promittenti turpe sit factu, sive stipulanti acceptu, aut exactu turpe. Sed non minus

et illæ turpes, ac contra bonos mores habendæ sunt, in quibus nihil quidem per se præstitu aut exactu turpe promittitur: verum ipsa rei obligatio aut maleficii admissi præmium continet, aut ad futurum invitat. Etiam facti flagitii caussa concepta stipulatio tanquam turpis non valet. *L. si flagitii.* 123. *infr. eod.* quia hoc modo et præmium maleficio statuitur, quod potius afficiendum fuit pœna, ne maneret impunitum; L. *ita vulneratus*, *supr. ad leg. Aqui.* et nocens ea veluti delicti mercede confirmatus ad eadem libentius et audacius in posterum patranda invitatur: qua parte etiam ad sequentem speciem id promissionis genus pertinet. Quæcunque autem stipulationes stipulatorem ad delinquendum invitant, hæ non alio loco habendæ sunt, quam quæ recta et aperte delictum ipsum continent, et efficiunt: eoque et pariter huius generis conventiones omnes improbantur. L. *illud*, *supr. de pac. dot.* In quo genere non eas tantum numerari oportet, quibus aperte quid promittitur stipulanti ea gratia; ut sacrilegium exempli gratia aut lenocinium faciat, de quibus minor est dubitatio: L. 5. *C. de cond. ob. turp. caus. d.* L. *si flagitii*, *infr. eod.* sed etiam in quibus pecunia aut res aliqua iuris nostri simpliciter promittitur, idest, ita, ut nulla delicti vel præteriti, vel futuri mentio fiat, ac ne promissor quidem aut maleficium requirat, aut eius patrandi ullam caussam præbere cogitet; sed tamen res ipsa in se delicti illecebram habet. Huiusmodi stipulatio est, qua nobis hereditatem alterius deferri stipulamur. *L. stipulatio hoc modo.* 61. *infr. eod.* quæ si valere cœperit, quia eius emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum et captationem mortis promissoris afferet, quo citius hereditate potiri liceat. Huiusmodi et illa advocati, qua is sibi ex eventu litis certam partem lucri sibi a domino dari stipulatur L. *salarium*, *supr. mand. L.* 1. §. *si cui*, *supr. de extr. cog. L. sumptus*, *supra*, *de pac.* de quo genere toto etiam alibi diximus. Atque hæ turpes sunt stipulationes. De his hoc loco hæc definitio est, omnes omnino turpes stipulationes nullius esse momenti. De iis, quæ contra bonos fiunt, totidem pene verbis definitum est in *L. ex eo*, *C.* de inut stip. *cum omnia*, inquiunt Impp. *quæ contra bonos mores in pactum*, *vel in stipulationem deducuntur*, *nullius momenti*
3 *sint.* † An hoc sic accipimus, ut valeat quidem ab initio stipulationes turpes Iure Civili, sed exceptione doli mali aut in factum opposita infirmentur? nam hoc modo istas infirmari quibusdam locis significari videtur. *L. Titia*, *inf. eod. et L. pen. supr. de cond. ob. tur. cau.* Sed verba hæc, *nullius sunt momenti*, refragantur. Id enim dicitur nullius esse momenti, quod plane iure inutile est, quod ne Iure quidem Civili valet, ut ad id impugnandum non sit alio auxilio opus, ut declaratur aperte in *L. non dubium*, *in fin. C. de legib.* Hoc modo stipulationes impossibili conditione adiecta nullius momenti esse dicimus. *L. non solum*, *supr. de ob. et ac.* et absente sine peremptorio edicto condemnato dicimus sententiam nullius esse momenti. *L.* 1. §. *item cum ex edicto*, *infr. quæ sen. si. ap. resc.* ubi et stipulationem ita inutilem dici constat, ut nulla omnino ex ea obligatio sit; et sententiam ita non valere, ut nulla sit, ac ne appellare quidem ab ea sit necesse. Sed cur dubitamus de turpibus stipulationibus idem affirmare, hæremusque in verbis huius loci, cum alibi tot locis id plusquam diserte expressum sit? quorum in aliis scriptum est has stipulationes esse inutiles, ut in *L. stipulatio hoc modo concepta*, *infr. eod.* in aliis iam ab initio eas non valere, ut in *d. L. si flagitii*, *infr. eod.* in aliis etiam, ut ne quis esset dubitationi locus, has stipulationes esse eiusmodi, ut ex his nulla sit obligatio, nulla actio. *L. iurisgentium*, §. *si ob maleficium*, *supr. de pac. et L. ex eo*, *C. de inut. stip.* Et ut loci tam multi in eam sententiam in medio non essent: tamen cum fateamur turpes stipulationes esse contra bonos mores, ac proinde contra ius, vel hoc ipso etiamsi desint cætera, quid consequens sit, apparet: si modo tenemus illud, quod traditum est in *L. non dubium*, *C. de legib.* quidquid fit lege prohibente, non solum inutile, sed etiam pro infecto haberi. Unde ibidem de omni conventione adiectum est, quod huc pertinet, nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri subsecutum, qui contrahunt lege prohibente. Proinde certum esse nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti. An dubitamus ea contra ius esse, quæ sunt contra bonos mores? Atqui mores sunt optima pars Iuris Civilis. *L. de quibus*, *supr. de legib.* nec in moribus ulli maiorem vim veri iuris obtinent, quam qui dicuntur boni mores. Ut in primis præceptis Iuris Civilis est, honeste vivere, neminem lædere: ita nihil æque prohibetur iure, quam maleficia, omnisque vitæ turpido: adeo ut ad Reip. etiam utilitatem existimetur pertinere maleficia non esse impunita. *d. L. ita stipulatus*,

tus, *supr. ad leg. Aq. L. locatio*, §. *quod illicite*, *supr. de publican.* hoc autem solum contra bonos mores, quod turpe. In *L. si stipulor*, *infr.* cum definitio posita esset de eo, quod leges fieri prohibent, subiectum est exemplum eius facti, quod contra bonos mores erat. In edicto de pactis constat de his pactis non servandis solum cautum esse, quæ dolo malo facta sunt, et contra leges; cæterasque partes iuris. *L. iurisgentium*, §. *Prætor*, *supr. de pac.* At nemo unquam dubitavit, quin his verbis improbarentur ea maxime tanquam contra ius facta, quæ essent contra bonos mores. *L.* 6. *C. de pac.* Non est igitur, quod quisquam dubitet, quæ stipulationes contra bonos mores fiunt, quas nunc turpes appellamus, eas ad regulam *L. non dubium*, quam maxime pertinere, ut quæ prohibentibus bonis moribus factæ sunt, eæ tanquam prohibente lege, et optima lege factæ pro infectis habeantur. An fatebimur turpes stipulationes nullius quidem momenti esse, itaque non valere, ut ex his neque Iure Civili, neque prætorio detur actio, sed nihilominus tamen eas exceptione opposita infirmari dicemus? hoc vero multo minus; quam superius illud ferendum est. Nulla est enim exceptio, nisi adversus actionem iure constitutam comparata: nulla denique, nisi cum Iure Civili actio nascitur ex stipulatione, et agente stipulatore iusta est eius intentio, ut proinde ad eam impugnandam exceptione sit opus: quod notius est, quam ut in eo probando laborare oporteat, ita id aperte declaratur toto Tit. *Inst. de excep. et.* L. *dolo*, *C. de inut. stip.* Sunt tamen loci duo fateor, quos supra iudicavi, quibus exceptio adversus huiusmodi stipulationes dari videtur. De quibus prius, quam respondeam, hoc præfabor non esse admodum, quod quisquam istis locis pro contraria superiore sententia sibi blandiatur. Nam etsi in his aperte proponeretur turpis stipulatio, et nihilominus in eo genere adversus actorem exceptio daretur: tamen ex illis diversa omnia colligerem ab iis: quæ illi volunt, qui istis non satis commode adversus eam sententiam, quam ostendimus, utuntur. Primum stipulationes turpes, quæ illic proponuntur, non esse eas, quas dicunt, ex quibus scilicet nec Iure Civili, nec iure prætorio actio detur, sed eas, quæ valeant, et actionem pariant ipso iure, idest, Iure Civili; quarum tamen actio exceptione infirmetur: id enim natura exceptionis exigit: toto Tit. *Inst. de exc.* Deinde hos locos non efficere, ut aliis tot locis et argumentis, quot supra ostendimus, non probetur stipulationes turpes ipso iure nullius esse momenti; quod fieri non potest; sed cum in his duobus scriptum sit eas Iure Civili valere, et eo iure ex his nasci actionem, hoc relinqui; ut prioribus illis tam multis contrarii loci esse videantur. Quo admisso quærerem, quid de illis tam multis contrariis responderemus: de quibus tamen nihil dicunt, qui contra sentiunt, sed tanquam de re exploratissima loquerentur, ita de illis secure summum silentium agunt. Quærerem præterea, in exstruenda ex his omnibus locis certa definitione utrum his duobus potius, an aliis tam multis et locis et rationibus niti et stare oporteret. Atque hæc quidem tum facerem, cum his locis duobus, quos dixi citari pro contrariis, concederem de turpi stipulatione agi. Nunc autem nulla talis illis locis aperte proponi reperietur. Faciunt igitur omnino et præpostere, et absurde, qui ex dubiis, neque clare scriptis locis, hisque duobus sententiam exstruere conantur omnibus aliis tam multis locis, iisque certis, et præterea principiis iuris manifestis adversantem: ac non potius student ea, quæ obscure in uno aut altero loco dicuntur, ex certis et indubitatis, ac multo pluribus sic interpretari, ut cum rebus certis consentiunt. Quæ eo dico, ut saltem iam ab initio hoc intelligatur, etiam si de his duobus locis satis expedite non liceret respondere: tamen non fuisse caussam, cur propter eas certam et tot locis inculcatam sententiam mutaremus. Sed hoc mittamus, quando ad conciliationem istorum locorum nihil aut parum pertinet: de re videamus. Nego eos locos, qui contrarii dicuntur, agere de turpi stipulatione, aut certe de ea, quam talem esse conveniat: quod si ita est, contrarios non esse apparet: de turpi enim stipulatione agimus. Obiicitur primum L. *pen. supr. de cond. ob tur. caus.* In ea ita scriptum est: *si ob turpem caussam promiseris Titio*, *quamvis si petat*, *exceptione doli mali*, *vel in factum summovere eum possis*; *tamen si solveris*, *non posse te repetere.* † Quibus verbis hoc di- 4
cere Paulum apparet, quod ob turpem caussam promissum est, si id stipulator petat, posse eum doli exceptione summoveri. Et si quidem omnis stipulatio ob turpem caussam facta turpis esset, aut cum quædam essent turpes, quædam non turpes, pariter tamen de omni eo, quod promissum est ob turpem caussam, Paulus responderet: negare non possemus superioribus verbis hoc exprimi, etiam turpem stipulationem, quæ

ob turpem caussam facta sit, iure valere, sed ex ea agentem exceptione summoveri posse. Nunc autem hoc statuo, neque omnem stipulationem, quæ ob turpem caussam facta sit, turpem esse, etsi pleræque huius generis sint turpes; neque de omni, quæ ob turpem caussam interposita sit, Paulum agere, sed de ea tantum, quæ non sit turpis: quod si probatur, obtinemus, quod volumus, eum Pauli locum contrarii nihil habere. Ac primum verissimum est illud, quod hoc loco a Bartolo scriptum est, cum quid ob turpem caussam promittitur; caussa quidem turpi expressa, stipulationem esse inutilem; ea autem non adiecta valerem ipso iure, sed actionem per exceptionem infirmari. In quo probando ille laborat: sed nihil certius: quandoquidem illic turpis est stipulatio; hic nequaquam. Ea enim demum turpis stipulatio est, quæ in sese implicitam habet turpitudinis, et maleficii caussam, sive ea verbis stipulationis exprimatur, veluti si promittam decem, ut lenocinium facias, ut hominen occidas; sive conditione ipsa rei promissæ maleficium invitet, qualis est stipulatio de futura successione. Et ideo utraque pariter non valet. Ac prior quidem dicitur non valere etiam ab initio in *L. si flagitii*, *infra eod.* de posteriore hoc etiam expressum est, nullam ex ea actionem nasci. L. *ex eo*, *C. de inut. stip.* Quod si pecunia simpliciter promissa sit nulla nominatim turpi adiecta caussa, ob quam promitteretur, non potest stipulatio dici turpis, quæ in se nullam turpitudinis caussam neque verbis, neque rei promissæ conditione inclusam habet, quamvis nulla alia de caussa facta sit, quam ut turpe aliquid faceres, de quo et prius inter nos actum erat, cuius etiam gratia stipulatio secuta est; sed caussa cogitata et constituta solum extrinsecus, non autem stipulatione comprehensa. Hæc quia in se turpis non est, nihil dici potest, cur Iure Civili non valeat, si verba tantum species, quibus stipulationes, et pactiones omnes non iniustæ, non inhonestæ confirmantur. Sed quia etsi de caussa nihil exprimitur, tamen re vera stipulationis nulla caussa est, aut quod idem valet, est iniusta; ideo iniquum est reum qui promisit, ex ea stipulatione condemnari, ex quo est doli exceptio adversus agentem prodita in omni alia stipulatione, quæ sine caussa facta sit. *L. 2. §. circa*, *supr. de dol. exc.* De hac stipulatione solum si sentiat Paulus, nihil iam dubii esse potest, quin ut vere scripsit, si stipulator petat, eum exceptione summoveri posse, ita his, quæ de turpibus stipulationibus diximus, nihil adversetur: cum hæc, de qua dicit, secundum verba et formam stipulationis non sit turpis. Sed Paulum de hac specie tantum sentire quomodo obtinebimus, dixerit aliquis? non enim satis est, si dicatur aliis locis generaliter traditum esse turpes stipulationes nullius esse momenti, ut probetur Paulum de eo genere hic non sensisse: quid enim si verba eius repugnent, doceatque eum in ea re dissensisse a cæteris? Atqui Paulus proponit aliquid promissum esse ob turpem caussam, neque de caussa nominatim adiecta, aut non adiecta quidquam exprimit. Utrum igitur factum sit, ad propositionem et responsionem eius referre non videtur. Quinimo si recte iudicare volumus, proprie id intelligitur ob turpem caussam promitti, quod turpi caussa expressa promittitur: quemadmodum ob caussam dari, quod nominatim addita conditione datur. *L. si repetendi*, *C. de cond. ob caus. da.* Ego autem et in verbis Pauli, et in sententia totius eius responsi omnia concurrere aio, quibus liquido declaretur, cum stipulatorem exceptione summoveri posse ait, non de alia stipulatione hoc eum dicere, quam quæ non sit turpis, quæ eadem caussam turpem non habeat stipulationis verbis comprehensam. Ac primum in his verbis, *quamvis si stipulator petat, exceptione summovere eum possis*, diligenter observetur nihil affirmari a Paulo de stipulatore exceptione summovendo, an possis eum summovere, et quando possis; sed totum hoc dictum esse per occupationem, sub conditione videlicet, si modo possis: cum hoc quæreretur, non an si a te peteretur, exceptione te tueri posses; sed si ultro solvisses, an solutum posses repetere: ut sit sensus; etiam si stipulatio proponatur, ex qua agentem summovere possis, ac proinde quæ iure valeat; tamen te ex ea solutum repetere non posse. Est enim in his verbis concessio, seu modus potentialis, ut Grammatici loquuntur: *quamvis possis*, pro quamvis detur ea species, ut possis. Unde intelligimus, cum de eo nihil affirmet Paulus, quænam sit stipulatio ob turpem caussam facta, quæ iure valeat, ac per exceptionem infirmetur, id eum relinquere in medio, et permittere regulis iuris: de quibus si dubitetur, unde explicatio eius rei sumatur, nisi ex iis locis, qui de turpibus stipulationibus clare scripti sunt, definiamusque ex iis, si re ob turpem caussam promissa stipulatio conceptione ipsa sit tur-

turpis, hanc ipso iure non valere; si non sit turpis, ita valere iure, ut tamen stipulator si petat; possit exceptione summoveri? Ita fit in verbis Pauli, quod dixi, ut cum de stipulatione is loquatur sub conditione, si ea sit, ex qua petitor exceptione summoveri possit: ipsis etiam eius verbis ea stipulatio indicetur, quæ sic ob turpem caussam facta sit, ut tamen non sit turpis, quæ eadem caussam turpem expressam non habeat: quoniam iure non alia sit, quæ per exceptionem rescindatur. Cum hanc interpretationem verba Pauli admittunt, tum vero esse hanc ipsissimam eius sententiam, ut eiusmodi sola stipulatio in eo responso intelligatur, cognito eo quod illi in toto eo responso propositum est, et quod in eo diluere conatur, non difficile erit iudicare. Animadvertendum est, ut dixi, quæstionem illic esse, non an quod ex stipulatione ob turpem caussam facta promissum est, peti possit; sed an solutum ex ea possit repeti. Quæ res repetitionem dare videretur, hæc fuit, atque hinc ambigendi caussa. Quod enim hic solutum est a promissore, non tam ob turpem caussam, ob quam stipulatio facta erat, solutum est, quam ob ipsam stipulationem: ut dici possit solutum repeti posse, nempe condictione sine caussa, cum stipulatio, ob quam caussam solutum est, fuerit inanis seu nulla. Et respondet Paulus, tametsi ex stipulatione solutum est, tamen repetitionem cessare: hæc quidem eius extrema verba sunt in eo responso: ex quibus apparet, quod dixi, dubitationis caussam in eo fuisse, quod ex ea stipulatione solutum esset, posteaquam hanc ipse dubitationem removet. Sed intelligendum est, ne hic quidem ullam dubitationem futuram fuisse, quod ex stipulatione solutum est, si stipulatio ob turpem caussam facta, nominatim ob turpem caussam concepta esset. Etsi enim tum solutum esset propter stipulationem; tamen aperte solutum esset ob caussam turpem, quia ipsa stipulatio aperte se ostenderet esse turpem: ex quo constaret, quod, ex eo genere solutum esset, tamquam omni modo ob turpem caussam solutum repeti non posse. Tunc solum iusta dubitatio esse potuit in proposito, si stipulatio ob turpem caussam interposita proponatur iure valuisse, cuius tamen actio exceptione potuerit summoveri, id est, quæ in sese non fuerit turpis. Dici enim potuit, cum hic ob stipulationem solutum est, non esse solutum ob turpem caussam: quoniam stipulatio, quæ fuit caussa huius stipulationis, turpis non fuerit; hanc ergo dubitationem solam sibi illic proposuit Paulus, eoque et de stipulatione ob turpem caussam facta, quæ exceptione removeri posset, in occupatione solum mentionem facit: quod ipsius reliquum responsum, et ratio ad eam unam dubitationem removendam accommodata liquido probant. Respondet igitur ita: quamvis stipulatio sit eiusmodi, ex qua si stipulator petat, exceptione summoveri possit, et ideo talis, quæ alioqui Iure Civili valeat ob id, quod conceptione ipsa turpis non sit; tamen ex ea solutum repeti non potest. Quod enim hic solutum est, ita solutum est ex stipulatione, sive ob stipulationem, ut solutum sit etiam ob caussam stipulationi propositam, quæ caussa fuit turpis. *Sublata*, inquit, *proxima caussa stipulationis*, *quæ propter exceptionem inanis esset*, *pristina caussa*, *id est*, *turpitudo superest.* Sensus est: quamvis stipulatio, quæ nec turpis est, et pro nulla habetur propter exceptionem, non obstet, quominus quod ex ea solutum est, repeti possit, ut eatenus solutum sine caussa: tamen altera adhuc caussa superest, propter quam solutum proponitur, nempe turpitudo, propter quam stipulatio ipsa facta est: ob turpem caussam solutum constat repeti non posse. Cui disputationi et rationi animadvertere possumus non esse locum in stipulatione, quam per se turpem esse constaret. In promptu enim esset dicere hoc ipso, quod ex ea stipulatione, nulla quidem, sed tamen turpi, solutum est, cessare repetitionem: neque pristinam aliam caussam turpitudinis ad repetitionem eam impediendam requireremus. Quæ cum ita sint, dilucide me expedivisse puto in *d.* L. *pen. de cond. ob. tur. cau.* de stipulatione quidem ob turpem caussam facta apud Paulum agi, sed non de ea, quæ sit turpis: proinde cum ille ex ea dicit petentem exceptione summoveri posse, nihil eum dicere, non dico quod eam definitionem certi iuris, quam de turpibus stipulationibus posuimus, rescindat, sed etiam quod ei ullo modo adversetur. † Alter locus, 5
in quo adversus eam stipulationem, quæ sit turpis, et contra bonos mores, videtur dari exceptio, ut sic ipsa stipulatio Iure Civili confirmetur, est *L. Titia*, *infr. eod.* ubi maritus et uxor non de suis nuptiis, sed filiorum suorum, quos ex aliis matrimoniis haberent, paciscentes proponuntur convenisse ut Seii filia Titiæ filio desponderetur, et si quis eorum filiorum impedimento esset nuptiis, pœnam invi-

cem

cem stipulati sunt. Scævola eo loco hanc stipulationem scribit non esse interpositam secundum bonos mores: respondet tamen idem ex ea stipulatione agendi exceptionem doli mali obstaturam. Sed si in hoc genere ea stipulatio est contra bonos mores seu contra ius, quæ libertatem matrimonii impedit, quod liberum esse debere Romanis placuit: *L. 2. C. de cont. stip.* vel, ut Scævola loquitur in *d. L. Titia*: si inhonestum est et contra bonos mores vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura, sive iam contracta: consequens est, si verba legis tueri volumus, supra scriptam stipulationem, quæ apud eum proponitur, non esse contra bonos mores, nec inhonestam. Est enim eiusmodi, qua nullis omnino matrimonii contrahendi, aut non contrahendi libertas adimatur, seu qua nullorum omnino coniugum matrimonia vinculo pœnæ obstringantur, non stipulantium, qui de suo matrimonio non paciscuntur: non eorum, de quorum nuptiis agitur, quia stipulatio inter alios interposita eos non obligat. Atque hoc ita est, si quis id, quod recta et aperte agitur, consideret: verum oblique stipulatio huc spectat, atque etiam hoc efficit, ut liberorum, qui ipsi nihil contraxerunt, matrimonium eo vinculo pœnæ quodammodo obstringatur. Metuent enim liberi aut parentum minas, aut ne illi in pœnam incidant: qua ratione iam stipulatio videri potest, si non aperte contra bonos mores; aut certe non secundum bonos mores, ut Scævola loquitur. Hæc res facit, ut in parentum persona hæc stipulatio ipso iure valeat, ut quæ non pugnet cum verbis legum libertatem matrimonii stipulatione impediri prohibentium: at ex sententia legis actio, quæ summo iure constituta est, exceptione doli mali, ut vult Scævola, repellatur.

Ad L. Si rem tradi. 28.

Paulus libro x. ad Sabinum.

Si rem tradi stipulamur, non intelligimur proprietatem eius dari stipulatori, sed tantum tradi.

De hac stipulatione dicetur commodius ad *L. in conventionalibus.* 52. §. *ult. inf.*

Ad L. Scire debemus. 29.

Ulpianus libro XLVI. ad Sabinum.

Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt: totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit ut mixta una summa vel specie quæ non fuit in præcedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes. Quamvis autem placuerit tot esse stipulationes, quot summæ, totque esse stipulationes, quot res: tamen si pecuniam quis quæ in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniæ: non tot sint stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint, vel plura legata. Sed et familiæ, vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigæ, aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit: tot stipulationes sunt, quot corpora.

SUMMARIA.

1. *Regula hæc: Tot esse stipulationes, quot summæ, aut species, quomodo accipienda.*
2. *Cur, si plures res nominatim stipulationis verbis exprimuntur, plures stipulationes esse intelligantur: Si vero generali et communi verbo res plures significatæ sunt, una tantum sit stipulatio.*
3. *Quando exprimi videantur res, quando non exprimi.*
4. *C. annua, bima, trima die dabis? tresne an una sit stipulatio.*
5. *Superioris regulæ effectus.*

Regula recepta erat apud veteres, tot stipulationes esse, quot res. Sic enim refertur in *L. quod dicitur*, 86. *infr.* quod ipsum explicatius definitur hoc loco, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ, aut species; intellige, una stipulatione et conceptione verborum comprehensæ, et ut alibi dicitur, quot res sunt, quæ in stipulationem deducuntur. L. *quia dicitur*, *sup. de evic.* Id quoniam statui multas ad res utile erat, de quibus postea, ideo de eius definitionis interpretatione tractatum est. Ac primum quia generaliter concepta est de his rebus, quæ sunt in stipulatione, sic eius verba sunt, ut quocunque modo res plures stipulatione contineantur, videri possint tot esse stipulationes: veluti, si quis stipuletur centum aureos, secundum verba dici possunt esse stipulationes centum, quia tot sunt videlicet aurei in summa centum aureorum, qui omnes stipulatione continentur. Sed non ea regulæ sen-
1 tentia est. † Quare ne ea generalitas verborum nos fallat principio movemur, eam regulam sic accipiendam esse, non si quovis modo plures comprehendantur stipulatione; sed si nominatim exprimantur stipulationis verbis: cæterum si expressæ non fuerint, unam esse stipulationem: hoc Ulpianus in *d. L. quod dicitur*, *infr.* Atque hinc pendent cætera huius loci. Sed prius dicam de ea distinctione, quod videatur omnino ad eius explicationem pertinere. Non quæro hic de verbis, quam recte verba regulæ alioqui generalia ad speciem rerum specialiter expressarum revocentur: dici enim potest ex his locis, in quibus de hac re constituerunt veteres, satis constare solum de his rebus illos sensisse, quæ expressæ essent: Quanquam et verba atque usus loquendi iuris auctorum eam interpretationem satis admittant. Ut enim proprie dicitur legatum in alienam voluntatem conferri, quod in voluntatem verbis expressam confertur: *L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* ita proprie eæ res in stipulationem deduci, quæ aperte et expressim deducuntur. Utcunque est, ita sensisse, et hoc voluisse veteres certum est. † Missis igitur verbis: de re quæro, 2
quam regula constat exprimi, cur uno modo placuerit potius plures esse stipulationes, quam altero: cum sive res plures exprimantur, sive generali aut communi verbo significentur, utroque modo pariter fiat, ut omnes contineantur stipulatione. Sive enim stipuler Stichum et Pamphilum, qui tui sunt, sive simpliciter servos tuos, cum non haberes nisi Stichum et Pamphilum, utraque oratione Stichus et Pamphilus deducitur in stipulationem, ne quidquam præterea. In sententiis ad summam exprimendam, in quam reus condemnari debet, nihil interest, utrum aperte exprimatur verbis sententiæ summa ipsa, an vero id quod eam summam contineat. *L. in sententiis*, *supr.* de re iud. *hominis legatum*, inquit Papinianus, *orationis compendio singulos homines continet.* 2. Mævius, §. *duorum*, *supr. de leg. L.* Quid igitur ad distinguendam stipulationem pertinet res plures exprimi verbis, quæ etsi non appellentur distincte, nihilominus alio verbo æque significentur? Et utique non ex verbis nata est hæc distinctio veteribus; de quorum significatione si quæritur, fatendum est verbo generali aut communi, puta familiæ, lecticariorum, hereditatis, non minus singulas res his verbis subiectas contineri, quam si nominatim et specialiter nuncupatæ essent, quod diserte scriptum est in *L. si chorus*, *in pr. sup. de leg.* 1. sed ducta est distinctio ex mente contrahentium: mentem illi ex conceptione verborum collegerunt. Plures res non frustra exprimuntur, ideo ergo exprimuntur, quia id agitur, ut de singulis separatæ et distinctæ sint ut interrogationes, ita et stipulationes. At cum res collectim uno verbo comprehenduntur, nihil proponitur, unde intelligatur aliud sensisse contrahentes, quam ut una sit stipulatio: cum et una interrogatio sit, atque conceptio verborum, et res semel appellatæ, non divisim, aut sæpius. Sed nihil ad rem voluntas contrahentium facit, dicet aliquis, si in pluribus stipulationibus

ea

ea desunt, quæ ad plures contrahendas desiderantur. Atqui ad stipulationem contrahendam non rebus tantum opus est, sed conficitur præcipue stipulatio interrogatione præcedente, et sequente responsione. *L.* 1. *C. de cont. et com. stip. L.* 1. *C. de usur.* quod hic non fit, cum plures res quamvis expressæ semel deducuntur in stipulationem: hic enim una interrogatio est, una responsio, una denique conceptio verborum, non plures. Ex quo efficitur unam hic quoque videri debere stipulationem. Et siquidem plures hic interrogationes non essent, responsiones plures, admitterem hic quoque plures stipulationes esse non posse, quia natura stipulationis prohiberet. Sed pluribus rebus expressis intelligi debet plures hic quoque esse interrogationes, et in summa tot esse, quot sunt res verbis expressæ: in singulis enim rebus expressis idem verbum reperitur: ut cum dico, Stichum et Pamphilum dabis? perinde est, ac si dixissem, Stichum dabis? et præterea Pamphilum dabis? vis hæc est coniunctionis, ut cum pluribus rebus coniunctim expressis idem verbum subiicitur, verbum commune ad utramque coniunctionis partem ex æquo pertineat. Quod si plures sunt interrogationes pluribus expressis rebus, intelligendum est, et in una responsione plures esse responsiones, nempe una de singulis, ac proinde totidem stipulationes. Promissor enim ad interrogationem simpliciter respondens, breviter ad eadem omnia, de quibus interrogatus erat, similiter respondere intelligitur. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* Constat igitur veteribus ratio, cur placeret, si plures res stipulatione expressæ sint; plures esse stipulationes: si non sint ex-
3 pressæ, unam. † Hoc posito deinde quæsitum est, quando exprimi videantur plures, quando non exprimi: id quod hoc loco traditur exemplis ad eam rem declarandam accomodatis. Summa est: species plures, et summæ plures exprimuntur verbis, quæ nominatim et distincte appellantur aut coniunctione interposita, aut ἀσυνδέτως: veluti, Stichum et Pamphilum dabis? decem et quindecim dabis? servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse spondes? ut hic declaratur in illis verbis, *at si quis illud et illud*, et L. quia dicitur, *supr. de evict.* Contra plures non exprimuntur verbis stipulationis, eoque unam stipulationem faciunt, quæ comprehensim verbo uno significantur; sive id collectivum est, ut summam illam, acervum illum pecuniæ dabis? quadrigam; familiam dabis? sive est plurale, ut lecticarios tuos dabis? quæ sunt exempla huius loci. Adeoque id verum est, ut si quid verbo plurali, aut communi in stipulatum deductum sit, quamvis domonstratum sit ex eo loco, in quo plures res ex eo genere aut divisim continebantur, aut etiam nominatim et distincte appellatæ erant: tamen quia stipulationis verbis indicatæ sunt tantum, non expressæ, conveniat unam esse stipulationem; veluti si cui res plures specialiter legatæ sint; et is stipuletur ab herede legata sibi illo testamento relicta. *vers. stipulationem quoque*, *hac L.* Quod tamen in hac specie non placuit, cum res plures expressæ pacto, eadem demonstratione et verbo communi in stipulatum deducuntur: ut cum pluribus rebus nominatim præpositis, de quibus dandis convenerat, ita subiicitur stipulatio, ea quæ supra scripta sunt, dari: hic enim visum est tot esse stipulationes, quot res pactis præcedentibus expressæ. L. *pœn. in prin. L. Titiæ*, §. *ult. infr. eod.* Sed quid interest, roget aliquis, ad res plures exprimendas, quis locus demonstretur ex iis, in quibus eæ res scriptæ sunt, si in omnibus pariter sunt expressæ? Et probandum est ad significationem plurium rerum nihil interesse: sed ad expressionem eam, quæ stipulatione fiat, et quam velint fieri contrahentes, de qua nunc agitur, multum interest. Re vera enim non possunt dici res plures stipulatione exprimi, nisi aut eas verba ipsa stipulationis exprimant, aut id saltem, quo res illæ exprimuntur, contineatur stipulatione. Nunc autem cum stipulor legata, quæ mihi testamento relicta sunt, non potest dici aut me ea exprimere his verbis, aut testamentum id stipulatione contineri: quod contra fit, cum stipulor ea, de quibus ante convenit. Cum enim pactis plurium rerum propositis subiicitur stipulatio, in quam hæc ipsa pacta deducuntur, apparet et verbis et voluntate contrahentium fieri, ut ea pacta stipulatione contineantur: cum etsi nominatim de his stipulatio facta non esset, tamen hoc ipso quod præfationes stipulationis essent, in stipulatione repetita crederentur. *L. Titia*, §. 1. *infr. eod.* Ita necesse est, quod his pactis expressum est, etiam stipulatione, cuius pars sunt, exprimi videri. † Præter hanc stipulatio- 4
nem etiam de ea apud veteres variatum est, cum stipulor centum annua, bima, trima die dari, ut Paulus testatur in *d. L. penul.* §. 1. *infr.* Quippe hic prima facie centum tantum exprimuntur: quam ob caussam videri potest una esse stipulatio. Ille verius esse ait, et hic tres esse

trium

trium summarum stipulationes. Quod significatione superiorum verborum cognita rectissime ab illo dici perspicitur: hoc enim valent, centum dari, sed divisis per tres annos æquis pensionibus, idest, primo anno primam, secundo alteram, tertio tertiam. L. 3. *supra, de an. leg.* quibus verbis non tempora solum exprimuntur, idest, tres anni; sed etiam distinctæ singulorum annorum summæ. Et ideo Paulus ait tres hic esse non trium annorum, sed trium summarum stipulationes: significans has tres esse expressas. Cum stipulor centum in annos singulos, ut annos ullos hic non exprimo, ita fieri non potest, ut hic ullorum annorum videri possim exprimere pensiones: itaque non mirum, si hic una stipulatio esse dicitur. L. *si Stichum*, 16. §. 1.
5 *supra eod.* † Valet superior regula ad res plures. Primum hoc efficiebat olim, ne interdum exsisteret, quæ alioqui ex posteriore stipulatione futura esset, novatio. Nam si quis stipulatus decem, postea stipularetur decem, et quinque: si quidem decem et quinque aureorum una stipulatio esset, novatio fieret iure vetere, quo placebat novationem fieri, dum idem postea promittebatur, si posterior stipulatio aliquid amplius contineret. §. *præterea, instit. quibus mod. toll. ob.* nunc quia hic duæ stipulationes sunt, una in decem, altera in quinque, eveniebat etiam tum, ne ulla novatio fieret: quia cum hic duæ stipulationes essent, neutra per se plus contineret, quam prior. Unum hunc effectum regulæ attingit hoc capite Ulpianus circa principium, illis *secundum quod.* Sed hic effectus hodie nullus est post constitutionem Iustiniani de novationibus. *L. ult. C. de novat.* qua cautum est, ne aliter fiat novatio, quam si nominatim id actum sit, ut fieret. Finge ergo posteriorem stipulationem decem et quinque novandi animo nominatim non esse interpositam: non fiet novatio prioris stipulationis, etiam si quis unam hic esse stipulationem dederit, non duas. Finge e converso posteriorem interpositam novandi animo: iam hic fiet eiusdem summæ novatio omni iure, etiam si duæ sint distinctæ stipulationes, ita ut neutra ex his plus contineat, quam prior. Sed quanquam hic solum effectus hoc loco refertur, atque is hodie, ut dixi, nullus est: non ideo tamen superior regula inutilis; habuit ea, et nunc habet alios complures. Si quot sunt summæ, aut species stipulatione expressæ, tot sunt stipulationes; ex singulis unum quodque, quod inde debetur, separatim solvi potest creditori, ut si is recuset accipere, moram faciat: quod non fieret, si omnia eadem stipulatione deberentur, ut diximus ad *L. 2. §. 1. supr. eod.* Si pluribus rebus expressis plures sunt stipulationes sub condictione contractæ; una commissa, etiam alia separatim potest committi, et cum ex una actum fuerit, etiam ex alia si committetur, agi potest: in quibus si una esset stipulatio; et semel ea committeretur, nec amplius ex ea agi posset, quam semel. *L. quia dicitur, supra de evic.* Si hic plures stipulationes sunt; non indigent insinuatione, quamvis donationis caussa factæ sint, si singulæ non excedunt legitimum modum. Quod si plurium summarum aut rerum una donatio sit, necessaria fuerit insinuatio, si res omnes stipulatione comprehensæ coniunctim legitimum modum excedant. *L. sancimus, §. pen. C. de donat.* Postremo si pluribus rebus expressis plures sunt stipulationes; expeditissimum id argumentum erit, ut probetur, si quis de pluribus rebus interrogatus de una tantum responderit, stipulationem in eam rem, unam contrahi. Recte enim dicetur secundum regulam supra scriptam in eam rem, quæ expressa erat, unam stipulationem conceptam fuisse: eo fieri, ut cum congruenter, et in totum responsum sit, nihil deesse possit ad iustam stipulationem: nec quidquam obstabit alterius rei expressæ omissio: quia in eam quoque rem altera fuerit stipulatio secundum eandem regulam. Est quidem ea stipulatio inutilis, quia in ea ad interrogatum responsum non est: sed non vitiatur utilis per aliam inutilem. Sic ratiocinatur Ulpianus ex regula superiore in *L. 1. §. pen. sup. eod.* Sed intelligendum est hoc ad maiorem et certiorem confirmationem ab Ulpiano dictum esse, non autem ita colligi, ut velit, si in stipulatione res plures, ut plures summæ, expressæ non essent, eoque non essent duæ stipulationes, ideo inutilem fore responsionem, si promissor in partem tantum, de qua vi ipsa interrogatus erat responderit. Nam etsi una tantum summa expressa sit stipulatione, puta viginti, et promissor non viginti, sed tantum decem responderit, idem Ulpianus auctor est eodem loco, stipulationem in decem esse contractam. *d. L. 1. §. si stipulanti.* Recte, ut ibidem ille disserit: satis est enim ad stipulationem idem respondere, de quo sis interrogatus, etiam si in partem, dummodo certam et divisam, non autem ad omnia respondeas. Porro, inquit ille, *in viginti manifestum est et decem inesse.* Di-

ci quidem potest, cum promissor ex viginti solum decem respondet, ea responsione duas eum summas exprimere, atque ita duas responsiones facere videri: tantum enim valet eius responsio, ac si dixisset, ex viginti, de quibus interrogas, decem promitto, et decem tantum, idest, altera decem non promitto. Sed non ideo in stipulatione seu interrogatione de viginti plures sunt summæ stipulatione expressæ: quod ut plures sint stipulationes, regula exigit. Tutius est igitur in ratione Ulpiani manere, et ea ratione defendere responsionem partis, quod promissor in decem ad interrogatum responderit. Unde intelligemus eam sententiam de responsione unius rei ex pluribus probanda, superioris regulæ effectum non esse; cum ei sententiæ locus esse possit, etsi plures summæ stipulatione expressæ non sint: sed tamen, si plures res sint expressæ, et cum in unam tantum responsum est, placeat hactenus stipulationem contrahi, recte dici eius rei certissimam confirmationem in superiore regula nos habere. Regulæ locus est in quæstione de stipulatione contrahenda, cum de verbis idest, de interrogatione et responsione agitur, traditurque his verbis confici stipulationem. *L. 1. supr.* Hoc enim dicto efficitur, ut quemadmodum cum una est interrogatio et responsio, una quoque stipulatio est; sic et cum plures interrogationes et responsiones de diversis rebus sunt, plures quoque sint stipulationes. Hic locus est monendi plures has interrogationes et responsiones intervenisse videri, cum res plures stipulatione expressæ sunt, et simpliciter responsum est. Inde dictum tot esse stipulationes, quot res.

Ad §. Si a fure.

Si a fure hominem sim stipulatus: quæsitum est an stipulatio valeat. Movet quæstionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor. Non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. Et constat, si quidem ita stipulatus sim, *quod ex caussa condictionis dare facere oportet?* stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. Quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait: quandiu enim vivit, condici poterit: at si decessisse proponatur: in ea conditione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

SUMMARIA.

1. *Regula hæc: Neminem rem suam stipulari posse, quo casu locum non habeat, et quæ exceptionis ratio.*
2. *Domino rem suam a fure simpliciter stipulante quatenus nullius momenti intelligatur stipulatio.*
3. *Stipulatio, qua rem suam a fure dominus stipulatur, etsi non novet præcedentem obligationem, tamen ad purgandam moram facit.*
4. *Quomodo fur, a quo dominus inutiliter rem suam stipulatus est, moram purget.*

1 QUod dicitur neminem rem suam stipulari posse, *L. nemo*, 82. *inf. eod.* in re furtiva, quam dominus stipuletur a fure, non est perpetuum. In eo hæc distinctio est hoc loco, ut si quidem stipuletur dominus, quod furem ex caussa condictionis dare facere oportet, idest, rem ut furtivam, valeat stipulatio: sin simpliciter rem suam, dum aut rem suam nominat, aut rem appellat suo nomine, stipulatio nullius sit momenti. Cuius tum exceptionis, tum distinctionis hæc ratio est. Qui stipulatur, quod furem ex caussa condictionis dare facere oportet, is rem furtivam stipulatur: suam quidem, sed tamen furtivam, quia nemo rem suam condicere potest, nisi furtivam, seu præterquam a fure. §. *sic itaque*, *Inst. de act. L. ult. supr. usu. quem cau.* In re autem furtiva singulare ius receptum est, ut existimetur domino a fure dari posse, quo non tantum eam a fure vindicare liceat, sed etiam domino liceat condicere. *d.* §. *sic itaque*, *de act.* qua ratione potest dominus et rem furtivam a fure stipulari. Quod utrum superioribus verbis faciat, an aliis idem significantibus, nihil interest. Denique rem suam recte stipulatur quisque, dum stipuletur tanquam furtivam, idest, addita ea sive circumscriptione, sive demonstratione, qua declaretur dominum rem stipulari, quæ furto ei sublata sit, quæ furto a promissore teneatur. Hoc titulo et nomine detracto qui eam rem stipulatur, nihil am-

amplius intelligitur stipulari, quam rem suam, id est, eam, quæ ei dari non potest: quæ res facit, ut stipulatio ad communem regulam pertineat, eoque sit inuti-
2 lis. † Quod tamen dixerat Ulpianus, cum dominus rem suam a fure simpliciter stipulatur, nullius momenti esse stipulationem, quomodo accipi velit, declarat in illis verbis, *quod si postea.* Docet autem id se ita intelligere, ut nullius sit momenti ea stipulatio ad id, cuius caussa inventæ sunt stipulationes, idest, ad contrahendam obligationem, et ad agendum: cæterum hactenus utilem esse furi ipsi, ut si postea res furtiva sine mora decesserit, iam amplius fur non teneatur condictione. An quod posteriore ea stipulatione novatio facta est? Minime: neque enim ea stipulatione, quæ nulla est, prior novari potest. *L. 1. infr. de novat.* Cuius rei certissimum hic argumentum est, quod dicitur etiam post novam stipulationem, quamdiu homo furtivus vivit,
3 condici eum posse. † Sed posteriore stipulatione interposita fur purgavit moram, idest, moram facere desiit: ut consequens sit, si sine nova culpa res pereat postea, eam perire sine mora furis; et quia pereat sine eius mora, ideo et re exstincta ipsum interitu liberari. *L. si ex legati. supr. L. si servum, §. sequitur, infr. eod.* Unde quod dicit in extremo Ulpianus evanescere condictionem propter stipulationem, non simpliciter dicit, sed sub conditione, si homo furtivus decessisse proponatur. Propter interitum igitur rei furtivæ tanquam propinquam caussam fur liberatur: sed hæc caussa aliam secum adiunctam habet, quod sine mora res decesserit, quam caussam prius posuerat his verbis, *Quod si postea sine mora decessisse proponatur servus*: ut autem decederet sine mora, per stipulationem factum est. Ita stipulatio hæc prima caussa est, cur re postea exstincta evanescat condictio, quia stipulatio moram sustulit: mora sublata interitus rei furem liberat. † Sed 4
quomodo purgat moram fur, a quo dominus nihil amplius, quam rem furtivam stipulatus est, idque inutiliter? Nempe ostendit dominus hac stipulatione se omittere debiti repetendi instantiam, idest, se paratum esse exspectare, nec amplius instare debitori, ut rem solvat. Declarat enim hoc modo se pro rei præstatione contentum esse nova repromissione debitoris, etiam si re vera non valeat repromissio: hoc cum fit, reus in mora esse desinit. *L. mora, supr. de usur.* Et si quidem res furtiva præsens sit, cum dominus eius rei repromissione contentus est, extra controversiam est furem desinere moram facere. At quid, si non sit res præsens, quæ promittitur? Idem dicendum est, si posterior stipulatio sit præsens, non sub conditione; qualis stipulatio est ea, de qua hic agitur. Arg. in *L. parvi, supr. de cond. fur.* Diversum est, si dominus a fure rem absentem stipuletur sub conditione: hic enim voluntate domini non prius mora fit, quam conditio exstiterit: quia nec ante stipulatio posterior contrahi videtur, hoc Marcellus in *L. qui decem, §. 1. infr. de solu.*

Ad L. Sciendum. 30.

Idem. libro XLVII. Ad Sabinum.

Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta.

SUMMARIA.

1. *Solemne, et rei alicuius solemnia quid.*
2. *Si de re, quæ iure certis solemnibus constat, scriptum sit in instrumento eam intervenisse, omnia solemniter acta intelligi.*
3. *Ratio superioris regulæ in fideiussionis exemplo demonstrata:*
4. *Confessio de debito in instrumento nulla adiecta caussa facta, an confitenti præiudicet.*
5. *Si scriptum sit aliquem a pupillo emisse, an tutoris auctoritas intervenisse præsumatur.*
6. *An præcise omnia hoc casu solemniter acta præsumantur, an vero contrarium probandi potestas reo non denegetur.*
7. *An, ut ex instrumento, ita ex edicto testis aliquem fideiussisse affirmantis omnia solemniter acta præsumantur.*

1 Solemne est, non usitatum solum, et solitum fieri, sed quod est in certo et constituto more positum, ut vis verbi declarat. *L. penult. supr. de in int. rest. L. sed etsi per, §. si feriæ, supr. ex quib. caus. mai.* Hinc solemnia alicuius rei dicuntur, quæ desiderantur iure ad rem aliquam conficiendam, et sine quibus, quod ge-

geritur, nullum est: cuiusmodi sunt, quæ dicantur solemnia testamentorum. *L. qui testamento*, §. *penul. et ult. supr. qui tes. fa. pos.* testes, testium numerus, et signa, itemque unus contextus testationis peragendæ: quæ omnia extrinsecus adhiberi ius iubet ad testamentum rite ordinandum; ac sine his nulla scriptura, nulla supremæ voluntatis testatio testamenti vim habet. §. *sed cum paulatim*, *Inst. de test. ord.* Huius generis, solemne est in fideiussione stipulatio: quoniam nisi hac interposita iure fideiussor non obligatur. *L. blanditus*, *C. de fideiuss. L.* 5. §. *satis. supr. eod.* Cum ergo hic dicitur, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta; bene hoc dici omnes intelligunt, videri eum ita fideiussisse, ut obligaretur, idest, per stipulationem: ut si fideiussor id neget, satis convincatur hoc ipso, quod scriptum sit
2 eum fideiussisse. † Non est hoc ius alligandum ad unam hanc speciem fideiussionis, sed generaliter definiendum est, quæcunque res iure certis solemnibus constat, ac sine his nulla est, si de ea scriptum sit in instrumento eam intervenisse, etsi cautum non sit gestam rem esse adhibitis omnibus solemnibus quibus ad eam rem iure opus est, tamen hoc ipsum intelligi, ac videri omnia solemniter acta. Itaque quod de fideiussione hic scriptum est, idem alibi traditum legimus de promissione his verbis; si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde haberi, atque si interrogatione præcedente responsum sit §. *si scriptum*, *Inst. de inut. stip.* scilicet, quia ut fideiussio nihil agit ad promissorem obligandum sine stipulatione; sic nec promissio, nisi quam interrogatio præcedit, et sequitur responsio: ut sic efficiatur stipulatio, sine qua iure Civili nemo ex pacto et conventione obligatur. §. *de constituta*, *Inst. de act. L. divisionis*, *supr. de pac.* Quo exemplo si in aliquo instrumento scriptum sit aliquem testamentum fecisse, recte dicetur sic hoc accipi debere, quasi rite fa-
3 ctum esset. † Sed quæritur in exemplo proposito, quod ad superiora omnia pariter pertineat, cum in instrumento tantum fideiussisse aliquem scriptum sit, solemnium autem nulla facta mentio, unde hæc intervenisse colligamus: cum omnis dicti et scripti hæc vis sit, ut ultra quam dictum aut scriptum est, fidem non faciat? Dici non potest ideo verbo fideiussionis etiam stipulationem intelligi, quia vi et proprietate verbi fideiussio stipulationem significet, eamque contineat. Ut enim testari, si verbum tantum sequimur, non significat adhibere septem testes, signa testium, et similia, et tamen sine his non est testamentum: ita fideiubere, si verbi vim et significationem tantum attendimus, non est fideiubere per stipulationem, etsi citra hanc non consistit fideiussio. Idque ita esse usus loquendi declarat. Dicimus enim iubeo aliquem salvere, iubeo valere, eadem forma, et ratione loquendi, qua iubeo aliquid esse mea fide, pro eo quod est, volo, opto, et si fieri potest, etiam iubeo, ut salvus sis, ut valeas, ut res stet mea fide. Ut ergo recte dico Latine, iubeo te salvere, aut valere, etiam si stipulanti non dicam: ita omnino secundum verba recte dico, iubeo aliquid mea fide esse, cum verbis quibuslibet dico etiam citra stipulationem. Sed et hic locus idem evidenter confirmat: sic enim hoc loco tribuitur fideiussioni solemnitas actionis, ut duas res distinctas esse appareat, fideiussionem, et solemnia fideiussionis. Idem et in promissionis verbo accidit. Cum scriptum est aliquem promisisse, perinde id habetur, inquimus, ac si interrogatus respondisset. Atqui promittere vi verbi non est stipulanti promittere, cum constet referri posse hoc verbum et ad nudam promissionem. *L. sciendum*, §. *dictum*, *supr. de æd. ed.* Quomodo igitur, quave ratione et verbum fideiubendi stipulationem, et verbum promittendi interrogationem præcedentem continet? More loquendi hominibus usitato, et recepta Iuri Civili interpretatione, qua fit, ut verba cum effectu accipiantur. *L.* 1. *supr. quod quis. iur. L. pen* §. 1. *supr. ne quis eum*, *qui in ius vo. est.* Si cum effectu, necesse est, quidquid factum esse dicitur, id sic accipiatur, quasi rite, nec vitiose factum sit: nam aliter non valet. Ut ergo condemnatus cum appellatur, is condemnatus accipiatur, qui rite condemnatus est, idest, ita, ut condemnatio valeat. *L.* 4. §. *condemnatum*, *supr. de re iud.* et satisdare aut cavere is solum dicitur, qui nec vitiose cavet. L. *quoties*, *supr. qui sat. cog.* Sic et promisisse intelligendus est, qui rite promisit; et fideiussisse, qui rite fideiussit, et utiliter: hoc autem non fit, nisi solemnibus adhibitis: inde et hæc ipsa intervenisse intelligimus. Significantur igitur et continentur ista, non proprietate verbi, sed adiuncti necessitate: quoniam promissioni et fidessioni Iure Civili ita solemnia sunt adiuncta, ut sine his nulla sit promissio, nulla fideiussio: si tamen volumus verba cum effectu accipi, quod faciendum esse diximus. Quod non

cum ita sit, non in solemnibus tantum hic consistendum est, sed quæcunque ita sunt alicui rei connexa et affecta, ut sine his res esse non possit, ut quidem natura aut iure consistat, in his omnibus probandum est, ut qui rem ipsam dixit, vi ipsa etiam dixisse intelligatur ea, sine quibus res non sit: Argument. L. 2.
4 *supr. de iuris.* † Itaque admitto eum, qui in instrumento confessus est se debere alicui centum, nulla adiecta caussa, ex qua deberet, perinde habendum esse, ac si confessus esset infinite, se ex aliqua caussa debere; quia iure fieri non possit, ut quisquam debeat, nisi præcedat caussa, ex qua debeat. Argum. in *L. illud*, *supra de ac. her.* Neque ideo tamen huic sententiæ contrarium esse puto, quod dicitur in *L. cum de indebito*, *in fin. supra*, *de prob.* neminem ex huiusmodi cautione teneri, sed actorem cogi debitum esse ostendere. Ideo enim hæc cautio confitenti non nocet, nec prodest adversario, quia non est satis actori dicere reum debere ex aliqua caussa, nisi etiam certam dicat, ex qua ille debeat. Quancunque autem caussam actor dixerit, nihil ei ad eam probandam patrocinatur superior cautio. Non enim qui confitetur se debere ex aliqua caussa, ideo fatetur se debere ex ea, quæ intenditur: cum possit ex alia quavis deberi. Nec multum proderit actori ad certæ caussæ confessionem reo exprimendam, si eum ita roget, ex qua igitur caussa debes? Non enim is cogitur respondere; quia adversario adversus se arma subministrare, eique intentionem suam fundare non debet. L. *ult. C. de eden.* non magis, quam cogitur quisquam titulum possessionis suæ dicere. L. *cogi*, *C.*
5 *de pet. her.* † Sed etsi ad emptionem cum pupillo contrahendam necessaria esset ementi tutoris auctoritas, faterer eum, qui scriptus esset emisse a pupillo, videri emisse tutore auctore, nec si id alicubi negaretur, ut vulgo existimatur negari in L. *quæcunque*, §. *ult. supra de public.* putarem esse superioribus contrarium. Nunc autem ab eo, qui scriptus est a pupillo emisse, exigere, ut probet se emisse tutore actore, ideo non adversatur his, quæ diximus, non quia tutoris auctoritas sit, ut Accursius loquitur, solemnitas extrinseca, (quid enim refert, quæ sit solemnitas, si sit aliqua solemnitas ad rem rite gerendam pariter necessariam? quanquam nihil videtur alicui rei solemne, nisi quod ad eam rem confirmandam adhibetur extrinsecus) sed ideo, inquam, nihil adversatur, quia tutoris auctoritas non est necessaria, ut emptio cum pupillo contrahatur. Quantumvis enim emerit quis ab eo sine tutoris auctoritate, valet tamen emptio non minus, et qui emit, pupillo obligatur, ut traditur in *Instit. de auc. tut. in princ.* At pupillus non obligatur, dixerit aliquis, ut eodem loco scriptum est. Ita est; sed hoc significat pupillum non vendidisse, non autem adversarium non emisse. De eo autem, qui emit, loquimur, de quo agitur in *d. L. quæcunque*, §. *ult.* Quod si in instrumento scriptum esset pupillum vendidisse, proprius est, ut putem his verbis significari eum utiliter vendidisse: ex eo etiam colligi tutorem intervenisse. Certe si nobis consentanea dicere volumus, et hoc etiam admittendum est: nam alioqui nulla esset venditio. *L. in caussæ*, 2. *supra*, *de minor. L.* 3. *C. de int. rest. mi.* Nec vero potest quisquam, nisi abusive dici vendidisse, cuius venditio effectum non habet, vel potius nulla est. *L.* 2. §. 1. *supra*, *quem. test. ap. dict. L.* 1. *in fin. supra*, *quod quis. iur.* Ex his constare potest, quam late pateat, quamque recte definiatur, quod dicitur, cum scriptum est aliquem fideiussisse, *videri omnia solemniter acta.* Sed hac sententia constituta, hic etiam ex verbis duo quæsita sunt. † Pri- 6
mum hoc, *videri*, quomodo accipiendum sit, utrum præcise *videri*, idest, ita, ut quamvis se dicat fideiussor paratum probare solemnia seu stipulationem defuisse, tamen non audiatur: an vero ita, ut videantur quidem acta omnia solemniter, sed videantur in re dubia, et quamdiu nihil probetur contra; cæterum contrarium probandi potestas reo non denegetur. Non abs re est, quod de hac re dubitatur. Nam etsi de vi instrumenti ius receptum est, tandiu ei standum, quod falsum esse probetur, hanc autem probationem admitti: L. *cum precibus*, *C. de prob.* tamen hoc ad confessionem, quæ instrumento continetur non pertinet, si fateatur reus a se, aut suo mandatu scriptam, et eam nunc infirmare conetur. Exstant enim constitutiones et responsa, quæ iubent unumquemque stare confessioni suæ, nec quemquam ferunt quantumvis paratum contrarium docere, nisi hoc ipsum contrariis instrumentis, aut aliis scriptis, iisque evidentissimis præstet. *L. generaliter*, *C. de non num. pec. L. pen. C. de cont. stipu.* L. *cum de indebito*, *in fin. supra*, *de prob.* Hoc igitur ius quidam hoc loco urgent, putantque ad hanc speciem pertinere, in qua reus scribendo se fideiussisse

se, simul etiam videtur confessus esse de solemnibus. Sed verius est, quod et receptum est vulgo, eum qui scriptus est fideiussisse, sic sine alia probatione existimari fideiussisse solemniter, ut tamen si reus paratus sit ostendere rem aliter gestam esse, veritati locus supersit. Ad quod probandum nihil videtur fieri posse convenientius eo loco, quo ad eam rem omnes utuntur, nempe *L. iurisgentium*, §. *quod fere*, *supr. de pac.* Nam quod est fideiussioni utili stipulatio, hoc et promissioni, seu sponsioni non inutili est interrogatio præcedens cum animo stipulationis contrahendæ coniuncta. Ut fideiussio sine stipulatione non valet; sic nec promissio aut sponsio, nisi quam interrogatio stipulandi animo præcedit. Sic enim, ut initio dixi, efficitur stipulatio, sine qua Iure Civili ex pacto nihil debetur. *d.* L. *divisionis*, *supr. de pac.* Unde et illud factum esse diximus, ut quemadmodum qui scripsit se fideiussisse, intelligitur etiam hoc dicere se fideiussisse stipulatione interposita: ita et qui se promisisse scripsit, existimetur fateri se interroganti, et stipulanti promisisse. *d.* §. *si scriptum*, *Inst. de inut. stip.* Quorsum hæc? ut intelligatur in pari confessione stipulationis et interrogationis, si reus admittatur ad probandum unam ex his defuisse, idem ius etiam admitti debere in altera. At in dicto §. *quod fere*, placet eum, quem scriptum est spopondisse (quo verbo non minus, imo multo magis significatur promissio stipulanti facta, quam promissionis verbo. *L. sponsio. 7. infr. de ver. sig.*) hunc, inquam, audiendum esse probantem non stipulandi animo præcessisse interrogationem, sed tantum paciscendi, ut sic promissio ad agendum fiat inutilis. Ergo et is, quem fideiussisse scriptum est, qui tacite confessus erat de stipulatione, sine qua nulla erat fideiussio, pariter audiendus est, si probare velit fideiussioni stipulationem defuisse. At verbo fideiussionis continetur stipulatio, aliqui dicent. Respondebo et verbo promissionis, seu sponsionis contineri interrogationem præcedentem stipulandi animo factam: neque eo minus licet interrogationem, aut stipulandi animum negare, dum probetur non intervenisse. Res sic habet: et fideiussionis verbo intelligitur stipulatio, et promissionis verbo interrogatio præcedens; sed iuris potestate et interpretatione, dum placet neque illam sine stipulatione, neque hanc sine interrogatione valere. At vi verbi, ut docui, neutrum altero continetur, ac nec semper loquentis sententia: qui ut potest dicere se promisisse, quod intelligit se promisisse pacto et nuda pollicitatione: *d. L. sciendum*, §. *dictum*, *supra de æd. ed.* ita nihil vetat, quominus fideiussionem appellet, ubi iubet sua fide esse, quod promissum est, sed sine stipulatione, puta per nuncium, aut per epistolam. Non moveor iis constitutionibus, quæ reum quod scripto confessus erat, negantem audiri vetant: hæ enim, quod ex verbis constat, tunc locum habent, cum quis quod aperte factum confessus erat, id falsum esse dicit, et ut sibi probare liceat, petit: ut cum promissor qui specialiter caussam edixerat, ex qua deberet, ex ea nunc se debere negat: quæ species est *L. generaliter*, *C. de non num. pec.* et *L. cum de indebito*, *in fin. supra*, *de prob.* aut, cum volente reo scriptum esset servum aliquem adhibitum fuisse; huic præsenti et stipulanti reum promisisse, id tamen reus factum neget: quæ sunt in *dict. L. pen. C. de cont. stip.* Diversum est, si quid promissor non aperte dixit, sed tantum dixisse existimatur, interpretatione voluntatis propter earum rerum, quarum una exprimitur, altera non exprimitur, affectionem inter se, et quasi coniunctionem. In his licet reo dicere se de his non sensisse, quæ expressa non sunt, dummodo id probet: quia isto modo confessionem de his suam non infirmet, qui se de illis sensisse, eoque et confessum esse neget. Hæc defensio admittitur in eo, qui fatetur se promisisse, seu spopondisse, sed neget se sensisse de stipulatione. Admittatur igitur et in eo, qui se fideiussisse scripsit, sed negat se hoc verbo fideiussionem intellexisse, cui esset adhibita stipulatio. † Iam quoniam definitio 7
tio concepta est de eo promissore, de quo in instrumento scriptum est ipsum fideiussisse aut promisisse, sive ipse scripserit, sive alius eius mandatu; quæsitum est, an idem existimari debeat de solemnibus si non reus id scripserit; sed testis dixerit interrogatus. Et inter affirmationem rei, eiusque obligationem, et dictum testis multum interest. In chirographo et instrumento, omnique cautione, quæ pro creditore adversus reum scripta est, ita promissionis et cautionis verba accipiuntur; uti iure valent, et vulgo solent significare, quo res sit in tuto. *L. quoties in stipulationibus L. quidquid*, *infr. eod.* nempe quia id agitur eo scripto, ut creditori caveatur: ut quamvis imperitum reum demus, tamen existimari debeat prius admonitum de verbo id scripsisse, quod verbum ex iure significat, pro commodo et cautione creditoris. Non eadem est ratio testium: non

non enim illi in testimonio ita loquuntur, ut uni ex litigatoribus consulant; sed nec ut consulant, obligantur. Idcirco de eorum verbis ex ipsorum captu et intelligentia iudicandum est. Quanquam adversus omnem hanc quæstionem facile boni Iudicis prudentia providebit. Nam si dubitatur in iudicio de solemnibus, est officium boni Iudicis interrogare nominatim testem, non solum an reus fideiusserit, sed etiam an stipulanti promiserit: de quo si respondet testis, nihil ambigui in eius testimonio relinquitur. Sed si forte prætermissum erit, et testes simpliciter interrogati, an quis fideiusserit, dixerint fideiussisse; de ipsorum verbis, ut dixi, ex eorum conditione statuendum est. Si hominem iuris et consuetudinis loquendi non ignarum interrogatum proponas, non video, cur ex eius verbis minus intelligamus omnia solemniter acta, quam si aut contrahentes aut contrahentium nomine tabularius scripsisset. Quod si proponas testem imperitum iuris, ut rusticum, et hominem in rebus forensibus non versatum, qui dixerit se interfuisse, cum reus fideiuberet, non recte, opinor, ex eius responso colligetur ita fideiussisse reum, ut stipulatio interveniret. Nam quomodo homini imperito de verbi significatione fides haberetur, cum de eo dixerit, quod quale esset, non intelligebat? hoc casu puto recte dici, quod Ioannes in universum respondit, teste aliquem fideiussisse affirmante, non eodem modo ex hoc testimonio colligendum esse omnia solemniter acta, quasi et de eo reus senserit, quo modo id factum colligimus, cum idem in instrumento aut reus de se scripsit, aut eius voluntate alius.

Ad L. Si rem meam. 31.

Pomponius libro XXIV. ad Sabinum.

Si rem meam sub conditione stipuler: utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.

SUMMARIA.

1. *Rei nostræ stipulatio cur inutilis.*
2. *Quæ res quomodo in stipulationem recte deducantur.*
3. *Stipulatio de pretio rei nostræ et de re nos tra nobis restituenda utiliter interponitur.*
4. *Rem suam furtivam tanquam furtivam a fure dominus recte stipulatur, et cur.*
5. *Stipulatio rei nostræ sub conditione, qua existente res nostra futura non est, valet.*
6. *Explicatur regula Catoniana.*
7. *In stipulatione conditionali non eadem est rerum commerciis hominum exemptarum, quæ rei nostræ, ratio.*
8. *In conditionali stipulatione quatenus præsens tempus spectetur, quatenus vero in eventum obligatio differatur.*

QUando de stipulatione rei nostræ multa sparsim sub hoc titulo tradita sunt, ac de ea hic locus primum occurrit; partim ne divellantur, quæ in una cognitione posita sunt, partim etiam quia hic regulæ exceptio est, quæ nisi regula cognita facile intelligi non potest, de tota ea stipulatione, quod eius proprium sit, semel hoc loco dicendum videtur.
1 † Quæ res dari non possunt, constat in stipulatum deduci non posse. L. *si stipulor*, 35. *infr. eod.* hinc pendet quod de stipulatione rei nostræ traditur. Est enim ex earum rerum genere res nostra: cum dari id intelligatur, quod ita datur, ut nostrum fiat: quod autem nostrum est, amplius nostrum fieri non potest §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Ita rem nostram necesse est ad superiorem regulam referri. Inde dictum, neminem rem suam stipulari posse. *L. nemo*, 82. *infr. eod.* Nihil nunc dicimus, quid hoc valeat, si forte postea, quam stipulati sumus, res nostra esse desinat: de quo dicemus postea ad L. *inter*, §. *sacram*, *infr. eod.* quia hic nihil proprium est rei nostræ, sed res ad omnia ea, quæ dari non possunt, ex æquo pertinet. Tantum quod est proprium huius speciei, hoc quærimus, an saltem ab initio velimus stipulationem rei nostræ esse inutilem, quod superiore definitione comprehensum est. Quid ea contineat, videamus: quod ita fiet, si quid illa deneget, aut concedat, cognoscemus. Vetat nos stipulari rem nostram: proinde quominus alienam stipulemur, non est impedimento. † Rem privati iuris, quæ aliena sit, 2
cuius etiam commercium habeamus (hoc enim addendum ex *L. multum*, 34. *infr. eod.*) et pure, et sub conditione qualibet recte

recte stipulamur contraria de caussa, quia est hic: quod nobis dari possit: ita tamen dum ne alienam stipulemur in eum casum, quo nostra erit: quo modo placet nos inutiliter stipulari *L. nemo*, 87. *infr. eod.* Recte: fit enim hoc modo, ut nihil stipulemur, nisi rem nostram: quod ius vetat. Nam ante conditionis eventum nihil stipulamur, cum ante nihil velimus nobis dari, eoque nec deberi: unde prius quam conditio exstiterit, dicitur nec venisse, nec cessisse dies obligationis. *L. cedere*, *infra*, *de verb. signifi.* post autem id solum stipulamur, quod nostrum sit. Huc pertinet, quod vulgo recte dicitur, nihil interesse, utrum quid fieri non possit in præsentia, an eius conditio conferatur in id tempus, quo fieri non potest, sumptum ex *L.* 4. *C. de don. ant. nup.* Iam non omnis de re nostra stipulatio superiore regula improbatur, sed ea, per quam rem nostram stipulamur, idest, nobis dari stipulamur: hoc enim significatur, cum dicimus aliquem stipulatum esse hominem, fundum, domum, et denique rem quamlibet, quæ dari potest, ut passim hoc verbum occurret sub hoc titulo, maxime autem indicat *L. sci-*
3 *re*, §. *ult. supr.* † Proinde extra controversiam est et pretium rei nostræ nos stipulari utiliter, et rem ipsam nostram nobis restitui. *d. L. nemo*, 82. *infra eod.* Nihil enim horum est, quod etsi per occasionem rei nostræ præstetur, non tamen sit alterius, et quod nobis omni iure præstari non possit. Restat igitur, ut sola sit ex supra scripta definitione stipulatio inutilis quæ et est de re nostra, et eiusmodi, per quam eam rem nobis dari stipulamur. Sed habet hæc quoque sententia duas cautiones. Nam neque ad omnes res nostras, neque ad o-
4 mnes stipulationes rei nostræ pertinet. † In rebus excipimus furtivam: quam dominus recte stipulatur a fure, si tanquam furtivam stipuletur, de quo dictum est in *L. scire*, §. *ulti. supra.* Exceptio ducta ex ratione regulæ: cur enim rem nostram stipulari non possumus? quia dari non potest. Hinc fit, ut si qua iure ita habeatur, quasi dari possit, ea quoque recte in stipulatum deducatur, cessante videlicet iuris ratione: Argumen. *L. quod dictum*, *supra*, *de pac.* talis autem est res furtiva, si quis modo ut furtivam stipuletur. In cæteris rebus nostris, aut in hac ipsa furtiva: quam tamen non stipulemur ut furtivam, siquidem rem stipulemur pure, constat stipulationem sine exceptione nullius esse momenti. Idem iuris est, etsi stipulemur sub conditione, ac conditionis exsistentis tempore etiam res nostra sit: quorum utrunque satis hoc loco confirmatur. Et certe utroque modo efficitur, ut vere videamur rem nostram stipulari, cum utrobique conferatur stipulatio in id tempus, quo res nostra sit: ut sic vere utraque stipulatio ad regulam suprascriptam pertineat.
† Quod si utrumque concurrat, ut et sub 5
conditione rem meam stipuler, et conditionis existentis tempore mea non sit, id iuris est, quod hic traditur, utilem nimirum esse stipulationem. Idem in *L. existimo*, 98. *infra*, *eod. et L. existimo*, *supra de contr. empt.* scilicet ut quæ stipulatio in casum confertur, in ea non præsens tempus, sed id quo casus ille existit, et ex quo stipulatio vires capit, spectetur. Quod si fit, rem alienam utique stipulari videor, non meam: tum enim cum conditio existet, res aliena futura est. Sed hæc sententia neque caruit olim sua dubitatione, ut apparet ex *d. L. existimo*, *infr.* neque nunc caret. Sunt autem hæc fere, quæ videntur huic sententiæ adversari. Primum obstat regula Catoniana, quæ de legatis primum prodita, *L.* 1. *supra*, *de reg. Cat.* post ad stipulationes etiam translata est, ut constat ex *L. cætera*, §. 1. *supr. de leg.* 1. et generaliter ita definit, quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. *L. quod initio*, *infr. de regulis iur.* † Sed hanc veteres sic acceperunt, ut 6
ad conditionalia non pertineret, idest, neque ad conditionalia legata, neque ad stipulationes conditionales. *d. L. cætera*, §. 1. *de leg.* 1. *L. pen. supr. de reg. Cat.* quo significatur regulam Catonianam scriptam esse de iis, quæ pure legantur, aut permittuntur, non de his, quæ sub conditione. Sed opponebantur veteribus verba regulæ, quam sine distinctione generaliter ita scriptam esse constat, quod initio vitiosum est, vel, quod ab initio non valuit, ut indicant *Cat. d. L.* 1. *de reg. Cat. et L. quod initio*, *de reg. iur.* Hoc ita expedit Celsus in *d. L.* 1. *de reg. Cat.* ostendit hæc verba quamvis generaliter scripta, tamen ad conditionalia non pertinere. Conditionalis enim stipulatio de re, quæ nostra est danda, non tam ab initio vitiosa est, aut inutilis, quibus verbis regula utitur, quam nulla. Id intelligi vult in illis verbis, *nam hoc modo.* Non minus hoc vere, quam subtiliter. Iam enim dixi in his, quæ sub conditione legantur aut promittuntur, nullam constitui obligationem, nisi tunc primum, cum conditio extiterit. *L. cedere*, *infr. de verbor. significat.* Obstat præterea exemplum cæterarum rerum, quæ dari non possunt, ut

ut sacrarum, religiosarum, publicarum, liberi hominis, et in summa earum omnium, quæ non sunt in hominum commerciis: de quibus ita ius est, ut quemadmodum eas pure inutiliter stipulamur, ita et stipulemur inutiliter sub conditione. *L. inter*, §. *sa-*
7 *cram*, *infra*, *eod.* † Et aliam caussam esse visum est superiorum rerum, aliam rei nostræ: et merito. Ut enim Paulus scribit in dicto §. *sacram*, quæ res non sunt in commerciis hominum, hæ natura sua præstari non possunt: res nostra contra natura sua præstari, darive potest, si non nobis, at certe aliis. Sed quod præcipue ad hanc rem facit, in prioribus, quod impedimentum stipulationi obstat, id est perpetuum: quippe res sacra, et similes in stipulatum deduci, nisi statum mutent, non possunt: hanc mutationem expectare turpe et ominosum habetur, quia non potest ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod declaratur in dicto §. *sacram*, sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Nihil simile in re nostra: hæc ita nostra est, ut possit nostra esse desinere; atque eam mutationem non solum expectare, sed etiam accersere et provocare sine ulla turpitudine possumus. Est etiam tertium, quod non parum videtur pugnare cum superiore exceptione. Cum enim dicimus posse nos stipulari rem nostram sub conditione, hoc dicimus in hac stipulatione præsens tempus spectandum non esse, sed id quo conditio existit, ut ex eo stipulatio statum capiat. Hic ergo opponuntur illi loci, in quibus traditur in conditionali stipulatione, cum aut de persona stipulantis agitur, aut de persona eius, cui stipulatio acquiritur, præsens tempus spectandum esse. Ut puta, qui stipulari non potest propter conditionem personæ, qua impeditur, ut pure stipulatur inutiliter, ita et sub conditione, quamvis conditionis exsistentis tempore persona capax sit stipulationis *L. ususfructus*, *infra*, *de stipulation. servor.* Item si filiusfamil. stipulatus sit sub conditione, placet stipulationem statim patri acquiri, quamvis cum existit conditio, filius sit emancipatus. *L. si filiusfamil. in prin. infra eod.* ubi hæc etiam generalis ratio additur, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. † Et dicuntur recte 8
hæc omnia, cum de persona stipulantis, aut eius, cui inde acquiritur, agitur: sed ad res, quæ in stipulatum deducuntur, non pertinent. Differentiæ ratio attendenti non erit obscura. Cum de persona stipulantis quæritur, palam est hanc stipulando differri non posse. Semper enim in stipulatione conficienda oportet esse eum, qui stipuletur, et quidem stipulandi capacem, sive stipuletur pure, sive sub conditione. Eadem ratio est, et cum de stipulatione patri acquirenda agitur. Nam et hic acquisitio differri non potest, pendet enim ex voce filii; cum ideo patri acquiratur stipulatio, quia vox filii creditur esse vox patris. §. *ei vero*, *Inst. de inut. stip.* Iam vero versatur ea vox filii in ipsa stipulatione; ut non magis ea differri possit, quam stipulatio. Quo fit, ut quasi per filium pater locutus esset, ita per eum patri ea stipulatio statim acquiratur. Diversa causa est eius rei, quæ in stipulatum deducitur: huius præstatio et obligatio ipsa in eventum differri potest, atque adeo differtur, quoties id ipsum agitur, ut differatur, id est, cum relinquitur quid, aut promittitur sub conditione. Nam ante eius conditionis eventum neque peti potest, neque etiam debetur quidquam, *d. L. cedere*, *infra*, *de ver. sig.* Quod si in id tempus obligatio differtur, omnino necesse est in obligatione constituenda, quo primum tempore constituitur, id tempus quoque primum spectari. Ac breviter ita definiemus: quæ res natura sua in aliud tempus differri necesse est, et in ea necesse est præsens tempus a nobis spectari, quamvis stipulatio sub conditione concipiatur: ut accidit, cum agitur de persona stipulantis, et de stipulatione acquirendá. Quod si res potest differri, et consensu dilata est iniecta conditione: nempe eum eventum ex conditione expectabimus: quia et potest expectari, et id actum est, ut expectaretur, et ante nihil videtur relictum aut promissum esse. *Ad L.*

Ad L. Si in nomine. 32.

Ulpianus libro XLVII. ad Sabinum.

Si in nomine servi quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset: placet stipulationem valere.

SUMMARIUM.

1. *Cur si de re conveniat, error in nomine pactioni, stipulationi, ullive alii actioni, quæ consensum desiderat, non obstet.*

SI aut in pactione pacisceremur de nomine, aut in stipulatione nomen rei stipularemur, non rem; sine dubio qui in nomine errarent, inter eos nulla intercederet neque pactio, neque stipulatio. Constant enim res hæ consensu: L. 1. §. 1. *supra, de pac.* cui nihil magis contrarium est, quam error et ignorantia eius rei, de qua agitur. *L. 2. supra, de iud.*
1 † Nunc autem et in pactione de rebus paciscimur, et in stipulatione rem stipulamur, non rei nomen. Quo fit, ut si de re conveniat, nihil desit pactioni aut stipulationi ad consensum, etiam si in cæteris omnibus, quæ pactionis aut stipulationis verbis continentur, paciscentes dissentiant. Quominus autem de re, de qua agitur, conveniat inter aliquos, etiam si errent in nomine, in eoque dissentiant, nihil vetat. Quapropter dum de re aliter constet, nunquam error in nomine pactioni, aut stipulationi, ullive alii actioni, quæ consensum, aut voluntatem desideret, obstabit. An dicemus sine nomine rem intelligi non posse? Non ita est: nomina quidem significandarum rerum gratia inventa sunt: sed quam multæ sunt aliæ demonstrationes, quibus res non paulo rectius demonstrari possit, quam si nominarentur? Nam et nomine vero appellato fieri potest, ut res non intelligatur ab eo, cui nominatur: at si digito corpus demonstretur, aut designetur res certo loco, aut artificium hominis, vel alia qualitas certa ostendatur, valent hæc omnia ad rem cognoscendam multo certius et efficacius, quam ullum nomen. Incurrunt enim ista in oculos, qui sensus non fallit: cum nominis cognitio intelligentia constet, et ut res, sic nomen rei possit ignorari. Nisi vero cum fatebimur res aliis modis multis posse demonstrari, tamen dicemus, cum de re præstanda agetur, nomen rei exprimi debere: quod multo minus verum est. Recte enim apud Iustinianum ita scriptum est, cum nomina significandarum rerum gratia reperta sint, nihil interesse, quo alio modo res intelligatur. §. *si quis in nomine, Inst. de lega.*

Ad L. Si Stichus. 33.

Pomponius libro XXV. ad Sabinum.

Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur: non tenetur promissor.

PErtinet species huius loci ad definitionem de mora traditam in *L. si ex legati supra*, ubi cum reliqua eius definitionis explicatione huius quoque loci ratio exposita est.

Ad L. Multum. 34.

Ulpianus lib. XLVIII. ad Sabinum.

Multum interest utrum ego stipuler rem cuius commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat cuius non commercium habet: ipsi nocere, non mihi.

SUMMARIA.

1. *Enumerantur aliquot res, quæ licet natura sua sint in hominum commerciis, aliquibus tamen personis interdicuntur.*
2. *Inutiliter rem stipulatur, qui eam stipulatur, cuius ipse commercium non habet.*
3. *An non saltem æstimatio rei in stipulatum deducta hoc casu stipulanti debeatur.*
4. *An diversum in legato aut fideicommisso. et* n. 7.
5. *Qui rem, cuius commercium non habet, promittit, obligatur, et cur secus in promissore, ac stipulatore.*
6. *Exceptio regulæ: Impossibilium nulla obligatio.*
8. *Contrariæ leges conciliatæ.*
9. *Explicatur* L. Sed si res aliena, de leg. 1. *eiusque lectio vulgata defenditur.*

QUarum rerum commercium nullum est, eas inutiliter stipulari nos constat: quales sunt sacræ, religiosæ, publicæ, liber homo. L. *inter*, §. *sacram*, *inf. eod.* An idem dicemus, si conditione ipsa res sit in hominum commerciis, et privati iuris, sed alterutri ex contrahentibus commercium eius sit interdictum? Nam huius quoque generis res quædam et fuerunt olim
1 et etiam nunc sunt. † Talia olim prædia Italica peregrinis teste Ulpiano in *fragmentis*, *Tit. de domi. et acq. rer.* tale hodie Iudæo, pagano, hæretico Christianum mancipium ex constitutionibus. *C. ne Christ. man.* Eos, qui officii caussa in provincia agunt, vel militant, legimus prædia in eadem provincia comparare non posse. *L. qui officii*, *supr. de cont. empt.* Et hactenus quidem commercium his interdictum est, si comparent, idest, emant, et ex ea etiam caussa stipulentur. Sed non progreditur commercii interdictio longius. Non possunt prædia ibi emere; at possunt ea, quæ ante habuerunt, retinere: possunt ex legati, ex donationis caussa accipere, et ex his caussis recte stipulari. Sed de his alias: quod nunc constat, id sumamus. Proponamus ergo Iudæum hominem mancipium Christianum aut stipulari, aut promittere. An ut si res in totum non esset in hominum commerciis stipulationem inutilem esse constaret: ita quia mancipium in proposito non est in commercio alterutrius ex contrahentibus, itidem stipulatio est inutilis? Ulpianus hoc loco interesse ait, utrum is cui mancipii commercium non est, id stipuletur, an promittat: ut si stipuletur, nihil
2 agat; si promittat, obligetur. † Ergo cum de stipulatore agitur, generaliter probandum est eum inutiliter rem stipulari, qui eam stipuletur, cuius ipse commercium non habet: sive ideo non habeat, quia res conditione sua non sit neque in huius, neque in aliorum commerciis; sive quia dum res aliorum est, et privata, tamen stipulanti privatim interdictum sit commercium. Merito: quocunque enim modo ei interdictum proponamus, semper eo modo fit, ut ei res dari non possit. Definitur quidem commercium non acquirendi, sed emendi vendendique ius, eodem Ulpiano auctore in *fragmentis Inst. tit. de domi.* Sed ut emptionis verbo veteres omnem alienationem comprehendebant: L. *statuliberi.* 29. *circa fin. supr. de statulib.* quia vix ulla esset translatio rerum sine mancipatione, nec ulla mancipatio sine imaginaria venditione, quæ fieret per æs et libram; ita emptionis iure adempto omnis per mancipationem, et quamvis aliam alienationem acquisitio prohiberi intelligitur. Iam vero ut quis rem stipulari non possit ob id, quod res dari non potest, satis est si ei solum non possit dari, qui stipulatur. Argumento est res nostra, quæ et privata est, et dari a nobis potest omnibus aliis: sed quia nobis non potest, ideo eam frustra stipulamur, ut dixi ad *L. si rem meam*, *supr.* † Quid 3
æstimatio rei in stipulatum deductæ, an non saltem stipulanti debebitur? hæc enim illi dari potest. Iam aliquoties dixi, et sæpius dicendum est, cum res in stipulationem deducta est, quæ deduci non potest, eius nec æstimationem deberi. Non enim satis est aliquid stipulanti dari posse, nisi et ipsum promissum sit. *L. quidquid infr. eod.* Non promittitur autem Iudæo æstimatio Christiani mancipii, sed mancipium, quod et ipse est stipulatus: quare aut ipsum deberi oportet, aut nihil. † Hoc loco occurritur exemplo eiusdem rei legatæ, aut 4
per fideicommissum relictæ. Finge Christianum mancipium relictum Iudæo per fideicommissum; videtur scriptum esse in *L. sed si res*, 40. *supr. de leg.* 1. in hac specie æstimationem deberi. Proponitur enim res relinqui ei, cui ius possidendi non est, et hoc amplius cuius commercium legatarius non habet; in ea specie respondetur deberi æstimationem. Et ne quis causetur alium auctorem esse, qui ab Ulpiano forte, aut a quo Ulpianus in hac re dissenserit, ipse idem Ulpianus est auctor illius responsi, qui et hoc loco: ut videri possit hoc exemplo idem et in

in stipulatione eodem auctore admittendum. Sed ne quis superioris loci obiectione adversus stipulationem moveatur, duo sunt, quæ hic respondemus: quorum de altero potest dubitari, de altero certe non potest. Primum nihil hic dissimile esse in legato aut fideicommisso; sed ea re, cuius commercium legatarius non habet, ei vel legata, vel per fideicommissum relicta, neque rem, neque æstimationem magis deberi, quam si esset promissa: neque id infirmari. *L. sed si res, de leg.* 1. de cuius sententia quid mihi videatur, dicam paulo post, nam de ea parum liquet. Tum autem etsi concederemus in istius generis fideicommisso æstimationem fideicommissario deberi: tamen hoc dubium esse non posse, quin exemplum non recte ad stipupulationem transferatur. Ideo enim in fideicommisso æstimationem deberi placeret, quia crederetur testator voluisse, ut in testamentis liberalissime voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, infr. de reg. iur.* et cum voluisset, constaret eius solam voluntatem hac in re, ut in cæteris esse servandam. In stipulatione autem, omnique contractu nemo creditur plus velle debere, quam se velle declaravit: quia non facile existimatur quisquam iactare suum. *L. cum de indebito, supr. de prob.* Quinetiam, quod stipulationis verbis de re certa cautum est, argumentum est promissorem nihil aliud debere velle. Ac demus etiam eum velle; tamen ne sic quidem debebitur, nisi stipulationis verbis nominatim fuerit comprehensum. *L. quidquid, infr. eod.* In proposito res promissa est, non rei æstimatio, non potest igitur ex ea stipulatione æstimatio deberi; sive quod promissor eam debere noluit; sive quod sine verbis debere non potuit. Hæc de
5 stipulatore dicta sunt. † De promissore, qui rei commercium non habeat, videamus. Finge Iudæum stipulanti Christiano mancipium Christianum promisisse. Magna vero caussa esse videbatur, cur et hic quoque pariter inutilem esse stipulationem diceremus. Qui rem, cuius commercium non habet, stipulatur, ideo stipulatur inutiliter, quia res promissa ei dari non potest. Quid ni dicamus et eum, qui rem cuius commercium non habet, promittit, ideo non obligari, quia id promittit, quod dare, si velit, non potest? Hæc vero idonea caussa est, dixerit aliquis, cur non obligetur: generaliter enim probandum est, impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* Et ideo non recte hæc species comparabitur stipulationi rei nostræ. Rem suam stipulari nemo potest: hanc tamen quivis recte alii promittit. Non mirum; quippe ei dari non potest: at potest eam dare aliis; quia habet, et iure habet: imo vero præter eum, qui dominus est, nulli ius est eius transferendæ. Longe in diversa caussa est is promissor, cui rei promissæ commercium non est; eam enim dare non potest, qui neque eam habet, neque adeo iure potest habere. Æstimationem debebit, dices. Iam dixi eum, qui rem solum promisit, æstimationem, quam non promisit, debere non posse. Sed placuit, quod supra dixi, et hic traditur, stipulationem valere, cum is promittit: qui rei promissæ commercium non habet; et cum his verbis utitur Ulpianus; *ipsi nocere, non mihi*, tacite huius sententiæ hanc rationem esse significat, quod ea interdictio commercii, quæ in promissorem constituta est, ipsi nocere debeat, non stipulatori. In quo inest sine dubio occupatio superioris obiectionis. Perinde enim hoc est, quasi diceremus, promissorem quidem, cui commercium rei interdictum est, eam rem dare non posse, sed non eo minus eum obligari; quia quod dare non possit, seu quod prohibeatur rem comparare, propter delictum eius fiat, et pœnæ caussa, quorum utrumque ei nocere, non stipulatori debeat. Idque certa ratione æquitatis, et manifesta sententia legis pœnam constituentis efficitur. Primum hoc æquissimum, nec minus aperte ex mente et sententia legis, hanc pœnam ei nocere non prodesse. Nam nisi hoc fit, non pœna hic constituta erit, sed præmium. Neque vero ut noceat, aliter consequi possumus, quam si stipulatio valeat, et ex ea promissor obligetur. Sed et illud de omni pœna delicti pro his, qui nihil deliquerunt, æquissime constitutum est, et ad sententiam omnium legum, quæ pœnam statuunt, pertinet, ut peccata suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur pœna, quam fuerit delictum. *L. sancimus, Cod. de pœ.* Quod igitur pœnæ caussa adversus promissorem constitutum est, ut nihil dicatur de promissore, certe stipulatori nocere non debet. Id vero ita fit, si stipulatio stipulanti non sit inutilis, eoque et promissorem teneat: proinde et eum tenebit. † Ex quo apparet, quod 6
dicitur impossibilium; seu in his rebus, quæ dari non possunt, nullam esse obligationem, sic accipiendum esse: nisi culpa aut vitio promissoris, vel pœna ob istas res constituta fiat, quominus quod is promisit,

sit, dare possit. Sic enim evenit, ut quoniam ei delictum suum, aut pœna adversus eum constituta nocere debet, non prodesse; ideo sic obligetur, ut saltem æstimationem rei promissæ præstare debeat. Licet etiam brevius, nec minus fortasse tuto et vere dicere, non esse hic præstationem rei promissæ promissori impossibilem, etsi rem promittat, cuius commercium non habet. Non enim prohibetur eam parare, si ita comparet, non ut sibi habeat, sed præstet alii, cui eius rei habendæ ius fuit. Quod quis ita capit, non ut apud eum maneat, sed ut restituat alteri, capere non videtur. *L. aliud est capere*, *infr. de verb. sig.* Ideo si ei, qui ex testamento non capiebat, quid legetur ita, ut alteri restituat, placet eum capere posse, eoque modo valere legatum, quasi nec capere videatur. *L. cum ei*, 42. *supr. de leg.* 2. Quapropter si promissor rem promissam emere potest, hanc emat, et statim præstet stipulatori: nec pœnam legis metuat, quasi eam rem habuerit, cuius commercium erat ei interdictum. Si non vult emere, aut non reperit, qui ipsi vendat: causam dicere non potest, quin æstimationem debeat eius rei, quam ipsum recte promisisse, et natura omnique iure præstare potuisse nec præstitisse constitit. Constituta est igitur, ut mihi videtur dilucide utraque pars distinctionis hoc loco traditæ de his rebus, quarum commercium alteruter ex contrahenti-
7 bus non habeat. † Sed ne quis forte in ea hæsitet, motus exemplo rei huiusmodi legatæ aut fideicommissæ, quasi in eo genere diversum aliquid statuatur, non erit alienum hoc loco monere; ne in legato quidem aut fideicommisso aliam distinctionem servari. Ea de legato expressa est in *L. mortuo*, §. *Labeo*, *supr. de leg.* 2. in hæc verba: *ager, cuius commercium quis non habet, legari ei non potest: sed si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserit ei, qui eius commercium habeat, placet heredem obligatum esse vel in rem ipsam, si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est in eius æstimationem.* Ac posterior pars huius distinctionis ne verbis quidem in speciem usquam mutatur, sed a quocunque res relinquatur, dum relinquatur ei, qui eius commercium habet, valet legatum. De priore non perinde liquet propter varios locos, quibus declaratur, si quid relictum sit ei, qui id habere, possidere non potest, saltem æstimationem ab herede deberi. Atque hi fere tres sunt: *L. filiusfam.* 114. §. *si quid alicui*, *supr. de leg.* 1. *L. fidecommissa.* §. *si servo*, *supr. de Leg.* 3. *L. sed si res*, 40. *supr. de leg.* 1. † Ego autem 8
animadvertendum puto, in omnibus agi de eo sive legatario, sive fideicommissario, qui rei legatæ commercium habeat, etsi forte ob alias caussas eam rem habere non possit, quod verba cuiusque loci declarabunt. Ac facilior duorum priorum explicatio est. In *L. filiusfam.* §. *si quid alicui*, diserte res proponitur his verbis; *si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem caussam habere non potuit, alius tamen habere potuit*; ex quo deinde attexuntur hæc verba ius continentia, *quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.* De eo quod licite relinquitur, loquitur Marcianus: non relinquitur cuiquam licite id, cuius commercium ei, cui relinquitur, leges interdicunt: cum enim eum vetant comparare et accipere, simul etiam in eum conferri vetant. In *L.* 11. §. *si servo*, *de leg.* 3. de militia agitur servo relicta. Huius quidem capax servus non est. Addo etiam non tantum huius rei commercium, sed etiam totius Iuris Civilis communionem servis hominibus ademptam esse. *L. qui testamento*, §. *servus*, *supr. qui test. fac. pos.* Sed intelligendum est testamenti factionem cum servis ex persona dominorum esse introductam, ut si domino militia relinqui potuit, possit etiam et servo, ac per servum ipsi domino relicta videatur. *L. non minus*, *supr. de her. inst.* Eo fit, quod illic traditur, ut debeatur æstimatio, si testator servum, cui militiam legabat, servum esse non ignoravit. Debebitur, nimirum domino, qui militiæ commercium habuit, quod si ignoravit testator, ibidem scriptum est denegari fideicommissi persecutionem debere. Quo per contrarium maxime confirmatur, si quid relinquatur ei solum, qui rei relictæ commercium non habeat, eius nec deberi æstimationem. Cur enim hoc casu non debetur? quia testator, dum eum, cui militiam præstari vult, liberum putat, nihil inde vult ad dominum redire; sed hoc sentit, ut vel ipsi, dum liber est, militia acquiratur, vel acquiratur ei, cuius in potestatem mutata conditione ipse transierit. *L. si paterfam.* illic, *atqui eum*, supr. *de her. inst.* in quo numero non est dominus, qui nunc est. Ita ex hoc fideicommisso neque domino militia potest acquiri, quia testator non vult; neque servo, quia servus eius commercium non habet

bet; unde evenit, ut nec eius æstimatio
9 debeatur. † Plus difficultatis omnibus ætatibus obiecit *L. sed si res aliena, de leg.* 1. Nam in ea proponitur non solum is, cui possidenti ius non est; sed etiam qui commercium rei non habet: et tamen Ulpianus ait se putare deberi æstimationem. Verba autem hæc sunt: *Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto æstimationem deberi.* Et sane si hoc responsum de uno sive legatario, sive fideicommissario intelligimus, ut in eo pro eodem accipiantur et legatarius, qui rei commercium non habet, et is cui possidendi ius non est, nihil caussæ est, cur non iis non dico quæ de stipulatione diximus, adversari putetur, sed multo etiam magis iis, quæ superioribus locis tam aperte de legatis constituta sunt: maxime autem *L. mortuo*, §. *Labeo*, *de leg.* 2. Quid enim dicemus? in *L. mortuo*, §. *Labeo*, agi de re legata, hic autem quæstionem nominatim proponi de re per fideicommissum relicta? quasi ad vim legati quidquam referat, utrum res legetur, an per fideicommissum relinquatur. Mitto, quod dicitur in *L.* 1. *supr. de leg.* 1. per omnia legata esse exæquata fideicommissis; de quo si prius dubitatum esset, nunc tamen certum et constitutum ius est lege Iustiniani, L. 2. *Cod. com. de leg.* §. 1. *Inst. de leg.* Hoc dico semper hoc ius valuisse, ut quemadmodum his solis per fideicommissum relinqui potest, quibus et legari: §. *legari*, iuncto §. *incertis*, *Inst. de leg.* Ulpian. *in frag. tit. de fideic.* ita et res eæ solæ fideicommitti possunt, quæ et legari possunt. Quarum autem rerum legatum aut fideicommissum per se non consistit, ita utrumque esse inutile, ut nec æstimatio debeatur; alioqui inutile non esset, ex quo æstimationem liceret consequi legatario. Hoc in his rebus legatis pro certo traditum est, quæ non sunt in hominum commerciis. *L. cum servus*, §. *ult. supr. de leg.* 2. non est, quod in cæteris rebus inutiliter legatis aliud iuris esse existimemus. Propone testatorem rem legatarii ei legavisse; adeo legatum est inutile, ut quamvis legatarius rem alienaverit, tamen non debeatur nec ipsa res, nec æstimatio eius. §. *sed si rem*, *Inst. de leg.* Et ne ab ea specie, de qua agitur, discesserimus, quomodo in L. 11. §. *si servo*, *de leg.* 3. militia servo relinqui proponitur? per fideicommissum. Et tamen cuius militiæ fideicommissum non consistit, illic traditur eius nec deberi æstimationem. Et certe quomodo dici possit æstimatio deberi, quæ legata non est, non animadverto. Res certa legata est, aut per fideicommissum relicta, non rei pretium seu æstimatio. Proinde si res legari aut fideicommitti non potuit, neque ipsa debebitur, quia ius obstat; neque æstimatio, quia hæc legata non fuit. Non est igitur, ut cœperam dicere, cur *L. sed si res aliena*, non aperte contraria putanda sit *L. mortuo*, §. *Labeo*, *de leg.* 2. L. 11. §. *si servo*, *supr. de leg.* 3. si in ea quæstionem de uno legatario aut uno fideicommissario proponi putemus, et eo qui commercium rei relictæ non habeat. Et omnino de uno in ea non agitur. Quod ut existimare debeamus, non tantum repugnantia, ne dicam falsitas et absurditas superioris sententiæ, quam modo ostendimus, facit: sed etiam verba ipsa et contextus *d. L. sed si res*, fateri cogunt. Primum commemorantur illic duo, quorum unus nominatur legatarius, alter is, cui per fideicommissum relinquitur: unus qui commercium non habere dicitur, alter cui dicitur ius possidendi non esse: quæ non verbis solum, sed etiam re ita distinguuntur, ut duas personas distinctas poni appareat. Quod si unum his verbis exprimi dixerimus, quam multa in eo reprehendenda? Primum bis idem inepte et otiose inculcatur, cum satis fuisset ita dicere. Si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei per fideicommissum relinquatur. Quinetiam et illud *legatarius* redundat; satis enim erat ita dicere, si res cuius commercium, quis non habet, ei per fideicommissum relinquatur. Tum autem si de eo agitur, qui rei commercium non habet, cur erroris obiiciendi caussa additur, *ei cui ius possidendi non est*, quo addito alius videri possit, non idem? cur cum agatur de eo, cui per fideicommissum relinquitur, is nominatur legatarius, cum et multo rectius diceretur fideicommissarius, et ad intelligentiam commodius, ne quis videlicet de duobus agi existimaret? Res ergo ita habet, ut duo re vera his verbis notentur, et distinguantur. Sunt autem hi; unus legatarius, qui rei legatæ commercium non habet; alter, cui ab hoc eadem res, cuius commercium legatarius non habet, per fideicommissum relinquatur; is tamen, cui ius possidendi non sit, idest, is, non qui commercium non habeat rei relictæ, ut legatarius, sed qui aliter ob aliquam probabilem caussam, sine delicto tamen et interdictione legis rem habere et possidere non possit, ut dicitur in *d. L. filiusfam.* §. *si quid alicui*, *supr. de leg.* 1. Cum hæc verbis conveniunt; tum vero in sententia non

est

est dubitandum, quin in hac specie recte respondeatur legatum, et fideicommissum deberi, et quidem ita, ut æstimatio tantum, non res debeatur, quandoquidem res fideicommissario præstari non potest. Finge hoc modo: testator Christianus servum Christianum legavit Iudæo, et petiit ab eo, ut eum servum Titio restitueret; is autem servus ita aliquando venditus erat, ut exportaretur, et exportatus ne postea aut ab emptore, aut alio qui ex eadem regione esset (in quo numero fuit is Titius fideicommissarius) possideretur; alioqui manus iniectio esset; quæ lex in servis observatur; efficitque, ut servus in his civitatibus conversari, et ab his possideri non possit, quos quasve contrahentes exceperunt. L. 1. 2. *et* 3. *C. si ser. exp. ven.* Ergo a Iudæo legatario Christianum mancipium per fideicommissum ei relictum est, cui isto modo, ut dixi, servi possidendi ius non fuit. Utrumque et legatum, et fideicommissum dicimus valere. Legatum, quia etsi vetatur Iudæus Christianum mancipium capere testamento; tamen magis est, ut non videatur eum servum capere, quem ita capit, ut restituat *d. L. cum ei*, 42. *supr. de leg.* 2. Fideicommissum, quia non est ei relictum, cui interdictum sit mancipii commercium; sed qui propter aliam iustam caussam, et eam privatam, nempe propter legem venditionis id mancipium habere non possit, ut sic res pertineat ad definitionem dictæ *L. filiusfam.* §. *si quid alicui*, *supr. de leg.* 1. Interim quia mancipium ipsi dari non potest, consequens est, si quid debetur, ut præstari debeat æstimatio pro re, quæ debetur, L. *in re furtiva*, *in princ. supr. de cond. fur.* idque ex eadem definitione *d.* L. *si filiusf.* Sed cur hæc verba, *cui ius possidendi non est*, interpretamur de omni alio, qui habere non potest, potius quam de eo cui commercium est interdictum; cum is cui commercium interdictum est, nihilo rectius dici possit rem habere non posse, quam quivis alius? quia cum apud Ulpianum coniungantur duo et exprimantur, quorum unus commercium non habet, alter qui non habet ius possidendi, apparet sic eos ab illo distingui, ut separentur, et eius cui possidendi ius est, appellatione non contineatur is, quem prius commercium non habere dixerat. Deinde cum alibi ita definiatur, sic deberi æstimationem eius, quod legatarius habere non potest, si alia de caussa habere non possit, quam quod ei commercium sit interdictum, idest, *d. L. filiusf.* §. *si quid alicui.* puto, quod hic dubium est, recte fieri, si ex certis nec obscuris definitionibus interpretemur. Sed si intelligimus ei relictum per fideicommissum, qui rei legatæ commercium habuit, tametsi alia de caussa rem possidere non potuit, quid necesse fuit duos hic fingere, quorum uni prius legetur id, cuius commercium ille non habet, deinde ab eo relinquatur idem alteri, qui commercium habet? cur enim non recta et sine circuitione Ulpianus proposuit rem relictam per fideicommissum ei, cui commercium est, sed aliter rem possidere non potest? Id fecit, non quod ad vim relicti quidquam interesset, utrum fieret; sed ut augeretur dubitatio ex eo, quod prius proposuisset legatam rem rei, cuius in persona videri posset legatum non constitisse, quia is commercium rei non habuisset. Prius scriptum ab eo erat in *L. cum servus*, §. *ult. de leg.* 1. re aliqua legata, quæ in totum exempta esset hominum commerciis, legatum non valere, adeoque nec æstimationem deberi. Ea quasi occupatione, quæ sequitur in *fragmento sequen.* idest, in *d. L. sed si res*, vult intelligi idem quidem esse si legetur ei, qui ipse commercium non habeat: sed longe esse diversum, si legetur aut relinquatur ei, qui aliter possidendi ius non habeat; adeo enim huic deberi æstimationem, ut debeatur ei, etsi non statim res ei legetur, aut fideicommittatur; sed etiam si primo legetur ei, qui commercium eius rei non habuit, deinde ab eo huic per fideicommissum relinquatur. Rursum quæro, si ad vim relicti nihil pertinet apud Ulpianum, quomodo res relinquatur, legeturne, an fideicommittatur; cur nominatim proponit rem per fideicommissum relictam? Quia, ut species facti, quam proponebat, iure procederet, ita ex iure vetere factum oportuit. Prius res legata erat alicui, deinde ab eo alteri relicta; non potuit huic relinqui, nisi per fideicommissum; sic enim olim ius erat, ut a legatario legari non posset. *Inst. de sin. reb. per fid. rel. in princ.* Bene autem Ulpianus proposuit, rem de qua quæritur, a legatario relictam esse ei, cui possidendi ius non est, negative, non autem ei, cui ius possidendi est, affirmative: quia dum ei relinquitur, qui rem habere et possidere non potest, recte ab eo respondetur hic non rem deberi, quæ præstari non potest, sed deberi æstimationem, ut et fit in *d. L. filiusf.* §. *si quid alicui.* Quod si fingeremus ei relictum esse per fideicommissum, cui possidendi ius est, male responderet æstimationem deberi. Ipsa

enim

enim res deberetur, non æstimatio, ut accidit, quoties certa res legatur, et legatum valet. §. *non solum. Inst. de leg.* Nec ad rem pertinet, quod res primo ei legata est, qui eius commercium non habuit. Non enim eo minus recte res ei legatur, nec minus ei præstatur iure, si is iussus est alii, qui capere et possidere possit, eam restituere, ut sæpe iam diximus ex *d. L. cum ei*, 42. *de leg.* 5. Quod si æstimatio in hac specie ei fideicommissario debebitur, cui rem habendi et possidendi ius est, quæro a quo præstabitur? Utrum ab herede? at is servum Christianum legatum Iudæo præstare vult, quem Iudæus postea restituat capienti fideicommissario. Hoc si facit, liberatur: hunc enim quia legatus est, ex legati caussa debuit; ac solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *d.* §. *non solum, Inst. de leg. Inst. quib. mod. tol. ob. in princ.* Utrum a legatario? at, nihil plus ab eo relictum est, quam ab herede: ab utroque videlicet servus Christianus. Et quomodo tandem ab eo exigeretur æstimatio, cui si facultatem et nudum officium restituendi ademeris, nihil ei omnino relictum est, idest, neque res neque æstimatio? Æstimationem ei nullam legatam esse ne verbis quidem, apparet. Res verbo quidem legata est: re autem ipsa nihil, cum non ita ei legatum præstetur, ut apud eum maneat. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Certi autem iuris est, cui nihil dederis, ab eo nihil relinqui posse. *L.* 6. *in fin. supr. de leg.* 3. *L. ab eo, C. de fid.* Itaque qui in responso Ulpiani, idest, in *d. L. sed si res aliena, de leg.* 1. lectionem emendant, et pro illis verbis, *ei cui ius possidendi non est*, substituunt, *ei cui ius possidendi est* detracta negatione; hi duabus de caussis cum sua emendatione procul facessere nobis iubendi sunt. Primum quod nulla necessitate emendationis cogente lectionem, publica fide omnium codicum receptam invertunt, atque adeo negationem in affirmationem mutant. In quo scio, quam non parum a multis hac ætate peccetur. Quid enim erit in libris, et omni vetustate certi, si quoties visum est, pro commodo et arbitrio nostro licebit veteres, et receptas scripturas mutare? Deinde quod hac etiam lectione recepta sententiam inducunt omnibus regulis de legatis, et manifesto iuri contrariam, ut cum dederint eam speciem, in qua res aliena recte capienti relicta sit, tamen dicant æstimationem fideicommissario deberi, non rem. Quæ si ita sunt, effectum est, quod supra posuimus, quod hoc loco traditum est de stipulatione, hoc idem iuris esse in legatis et fideicommissis, ut quoties vel is stipulatur, qui rei commercium non habet, vel legatur aut per fideicommissum relinquitur ei, qui item rei legatæ commercium non habet, toties nec stipulatio valeat, nec consistat legatum aut fideicommissum: itaque fiat, ut inde nec res ipsa, nec rei æstimatio debeatur. Quod si in eo creditore, cui rei legatæ, aut in stipulatum deductæ commercium est, pariter receptum est, ut eius rei legatum et stipulatio valeat: conficitur hoc quoque, quod volumus communem esse hanc, quæ hoc loco traditur, et stipulationis et legatorum seu fideicommissorum distinctionem.

Ad L. Si stipulor. 45.

Paulus libro 12. ad Sabinum.

Si stipulor ut id fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit quo minus facere id possit.

Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam caussam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur. Quanquam etiamsi non sit perpetua caussa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit: quia statim contra mores sit.

SUMMARIA.

1. *Re impossibili in stipulatum deducta, nec id, quod promissum dari, fieri non potest, nec eius æstimatio, nec quod stipulantis interest, debetur.*
2. *Fieri non posse intelligitur, non tantum quod natura fieri non patitur, sed et quod ius aut boni mores fieri vetant.*
3. *Si præstatio rei promissæ culpa promissoris impossibilis sit effecta, non ideo minus promissor obligatur.*

AB

AB his rebus, quæ in stipulatum deducuntur, inutilis stipulatio est, si stipulemur dari, quod dari non potest; si fieri, quod fieri non potest: ut sit hæc summa, quæ regula iuris comprehensa est, Impossibilium nullam esse obligationem. L.
1 *impossibilium*, *infr. de reg. iur.* † Hoc eam vim habet, ut non tantum non debeatur id quod promissum dari, fieri non potest, de quo non dubitatur: sed etiam, quod iam aliquoties monuimus, ut nec debeatur eius rei æstimatio, quamvis dari possit, neque id quod stipulantis interest, atque adeo nec pœna, quamvis nominatim promissa hac conditione, si non daretur aut fieret, quod promissum erat. De æstimatione superiore capite rationem reddidimus, idque scriptum est in *L. cum servus*, §. *ult. supr. de leg.* 1. De pœna est in L. *si homo*, *infr. eod.* Quæ res dari non possit, dicemus ad *L. inter*,
2 §. *sacram infr. eod.* † Fieri autem non posse hoc loco definitur, non tantum quod natura fieri non patitur, veluti hominem mortuum sisti, de qua specie in *d. L. si homo*, sed etiam quod fieri ius vetat, aut boni mores. In quam sententiam est illud Papiniani, *quod honeste non possumus*, *et secundum bonos mores*, *ea nec nos facere posse credendum est.* L. filius, *supr. de cond. inst.* Huiusmodi esse Paulus ait, si quis stipuletur sororem suam sibi uxorem dari (ut olim moris erat stipulari et spondere sibi uxores futuras. *L.* 2. *supr. de spons.*) neque referre putat, naturalem quis sororem stipuletur, an adoptivam. Cum omni sorore matrimonium contrahi leges prohibent. §. *inter*, *Inst.de nupt.* Soror quidem adoptiva desinere potest esse soror, finita nimirum patris adoptivi potestate. *L. in omni*, *supr. de adopt.* idque etiam si evenerit, cum ea matrimonium consistere potest. *d.* §. *inter.* Sed non eo minus inutilis stipulatio est ab initio, qua sororem adoptivam quis stipulatus est; est enim hoc ipso statim contra bonos mores: nec si postea soror esse desierit dissoluta adoptione, ideo stipulatio convalescet; quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis confirmari. *L. quod initio*, *infr. de reg. iur.* Hæc de his dicta sunt, quæ iam a principio, cum in stipulatum deducuntur, dari aut fieri non possunt. † Quod si quid 3
tum dari potest, aut fieri, non si postea dari fieri posse desinat, ideo obligatio non consistet, si per promissorem factum sit, quominus dare aut facere posset: quippe culpa eius perpetuam fecit obligationem: qua de re dictum est ad *L. si ex legati*, *supr. eod.* Hæc sententia est exceptionis eius, quæ illis verbis expressa est *nisi per quem steterit*, et quæ sequantur.

Ad §. Si in loquendo.

Si in loquendo, conducendo, vendendo, emendo, ad interrogationem quis non responderit: si tamen consentitur in id quod responsum est, valet quod actum est: quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.

SUMMARIA.

1. *Contractibus, qui consensu constant, stipulatio inutilis adiecta, si in rem contrahentes postea consentiant, obligationem non vitiat.*

2. *An idem iuris, si post inutilem stipulationem nullus novus consensus sequatur.*

SUnt contractus, qui consensu contrahi dicuntur, emptio, venditio, locatio conductio, societas, mandatum; consensu, quia præter consensum nihil requirunt ad obligationem, non scripturam, non præsentiam contrahentium, aut verba: ideo ne stipulationem quidem. *Inst. de obl. ex cons.* Et hoc quidem certum est, si non placeat contrahentibus stipulationem in contrahendo adhiberi. Quid, si placuit interponi, et
1 hæc aliquo modo inutilis constituta est? † Hoc loco constituitur idem iuris esse, ac si sine ulla stipulationis specie de re ipsa convenisset, dum in eam rem consentiatur postea, quæ in stipulationem aut promissionem inutilem deducta erat. Ut puta, de re quæ venibat, interrogatus venditor simpliciter, an tanti venderet, stipulanti emptori in diem aut sub conditione respondit, idest, non ad interrogationem, nec illico placuit stipulanti diversitas responsionis, nullam stipulationem contrahi constat, et quidem ita, ut quamvis placeat postea responsio, et in eam contrahentes consentiant, nihilo magis promissor ex stipulatione obligetur. *L.* 1. §. *si quis simpliciter*, *supr. eod.* Sed his postea in eam rem ita consentientibus emptio et obligatio contrahetur. Merito: sublata enim stipulationis caussa, quæ frustra adhibita est,

ma-

manet consensus, qui ad emptionem et cæteros similes contractus conficiendos est satis. Nisi quis forte dicat, quia visum est contrahentibus adhiberi stipulationem, ideo rem ex stipulatione pendere, ut si ea non valet, nulla obligatio omnino contrahatur. Sed qui maioris cautionis caussa adhibuerunt stipulationem, non ideo potestatem alio modo consentiendi sibi interdixerunt. Ita si eos in rem ipsam postea consensisse constet, consensus in eiusmodi contracti-
2 bus eos tenebit. † Quid si post inutilem stipulationem nullus novus consensus sequatur? Dum modo vel ante, vel etiam in ipsa inutili stipulatione utrumque in emptione de re et pretio consensisse appareat, probandum est eodem modo et consensu contractam esse emptionem. Et ideo si venditor interrogatus, an velit fundum illum tanti addictum esse, nihil omnino respondeat, sed annuat tantum; puto emptionem contractam nutu consensum satis declarante, ut de nutu aliis in caussis receptum est. *L. nutu. supr. de leg.* 3. *L. servo*, §. *si pupillo*, *supr. ad Treb.* Nec obstat, quod in *L.* 1. §. *si quis ita*, *supr. eod.* scriptum est, si is qui interrogatus est, sine verbis respondeat, adeo eum non obligari, ut non modo civiliter, sed nec naturaliter obligetur; multum enim interest, utrum quis stipulantis tantum animo stipuletur, de quo illic agitur, an vero ementis, vel alio modo paciscentis: ut si animo stipulantis, nihil agatur, quia paciscendi animus non fuerit, ut declaratur in *L.* 1. §. *eum qui*, *supr. de const. pec.* sin ementis, emptio cum annuente contrahatur propter consensum.

Ad L. Si quis cum aliter. 36.

Ulpianus lib. XLVIII. ad Sabinum.

Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitati iuris obstrictus: sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet. Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit, quod petit.

SUMMARIA.

1. *Sensus verborum*: Cum convenisset obligati.
2. *Species huius L.*
3. *Iure Civili obligari quid.*
4. *Stipulator*, *sive dolo eius quis obligetur*, *sive nullo eius dolo interveniente res ipsa in se dolum habeat: doli exceptione submovetur.*
5. *Quid iuris in contractibus bonæ fidei.*
6. *Differentia iudiciorum bonæ fidei et stricti iuris*, *circa exceptiones. Eiusque differentiæ ratio.*
7. *Bonam fidem in omnibus contractibus servari*, *sed dissimiliter.*

QUæstio est de eo, qui aliter obligatus est, quam eum convenisset obligari. In quo *convenisset* sic vulgo omnes accipiunt, ut sit, conventum esset; et eum convenisset obligari, ut sit, convenisset, ut obligaretur: quomodo loqui aliquando iuris auctores scimus. Nam et in *L. ex empto*, *in pr. supr. de contr. empt.* Legimus, quod præstari convenit, pro, quod convenit, ut præstaretur. Ideo magno labore speciem quærunt, in qua convenerit, ut quis obligaretur certo modo, et tamen contra quam vellet, per machinationem adversarii, aut suo errore deceptus aliter sit obligatus: ac diu re quæsita vix tandem speciem accommodatam reperiunt, aut repertam satis expediunt. Unde tam variæ ab illis afferuntur, dum quæ ab uno allata est, cæteris displicet: nec mirum. Vix est enim, ut quisquam tam stolidus, et rerum suarum tam dissolute negligens reperiatur, ut cum conventione sola non obligetur ad promittendum, velit adversario promittere secus, quam conventum est, priusquam certo compererit caussam esse, cur aliter promittat, et in eo sibi patiatur ab adversario aut ab ignorantia sua imponi. Nullum est enim periculum, quod metuat, si id non promiserit; quoniam promittere non cogebatur, nam ex pacto non nascitur actio. *L. iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *et sequen. sup. de pact.* Faciamus tamen contentione adhibita eiusmodi aliquam speciem ingenio excogitari posse, cuiusmodi nulla adhuc ab ullo aliorum approbatione inventa est: certe non fuit hic necessarius labor. † Non enim verbum *convenisset* ne- 1
cesse

cesse est hic accipere pro conventum esset: sed multo rectius est, et ad consuetudinem loquendi usitatius, tum ad huius quoque loci sententiam convenientius, ut convenisset interpretemur, decuisset, vel oportuisset: intelligamusque sermonem esse de eo, qui cum aliter eum decuisset, et oportuisset obligari, aliter sit obligatus. Et certe usitate dicimus, convenit id fieri, pro conveniens est, seu par est, et oportet id fieri; convenit aliquem hoc modo obligari, pro oportet eum hoc modo obligari. Convenit autem te obligari, pro convenit, ut obligeris, rarius, nec satis ex consuetudine veterum loquendi. Hac autem significatione admissa, ut sententia facilis est, et cum aliis multis locis consentiens; ita in specie huic loco accommodata inve-
2 nienda non laborabimus. † Propone igitur hoc modo: centum testamento legata sunt alicui: ex his postea quinquaginta legatario adempta codicillis; quod legatarius cum sciret ignorante herede, dolo subtractis instrumentis facile obtinuit, ut dum heres iuxta formam edicti satisdat legatariis legatorum nomine, promitteret se ei centum, quæ supra scripta sunt, tanquam debita daturum, utpote relicta testamento, de quibus ademptis nihil ne suspicaretur quidem. Ita cum eum legatorum nomine quinquaginta tantum promittere convenisset, idest, oportuisset, aliter per machinationem legatarii, eiusdemque stipulatoris obligatus est: centum enim integra promisit, et eius summæ totius nomine dedit fideiussores. Hinc scribit Ulpianus eum subtilitate iuris obstrictum esse in centum; sed quatenus aliter obligatus est, quam conveniebat, doli exceptione uti posse. De qua sententia ne dubitetur, generalius et explicatius expressa est *in princ. tit. de except. Inst.* et *L. dolo, C. de inut. stip.* Ait autem eum, qui ita deceptus promisit, subtilitate iuris obstrictum esse, velut interpretans illud, quod est apud Iustinianum in *d. tit. de except. in princip.* promissorem in hac specie
3 Iure Civili obligatum esse. † Iure Civili valet, summo Iure Civili, et quod hic dicitur, subtilitate iuris, ut et in *L. filio, supr. de inius. rupt.* idque ita dicitur, quia verbis tantum legis obligatus est, non etiam sententia: obligatus est enim contra æquum et bonum. Finis autem et mens omnis iuris est, æquum bonum: unde ius definitur ars æqui et boni. *L. 1. supr. de iust. et iur.* Interim verba iuris eius, quod de stipulatione constitutum est, promissorem tenent. Nam ex stipulatione in promissorem Iure Civili actio constituta est hac conditione, si quis quid stipulanti promiserit. *§. de constituta, Inst. de act.* Sed, ut dixi, deceptum teneri iniquum est. Hinc doli mali exceptio hoc loco, et *d. tit. de except.* hæc enim eo comparata est, ne per occasionem Iuris Civilis, idest, subtilitatis iuris, quæ in verbis posita est, non in sententia, cuiquam dolus suus prosit contra naturalem æquitatem. *L. 1. supr. de dol. mal.* et met. exc. † *Idem est*, inquit, 4
etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet. Id fieri intelligitur, cum ipse promissor suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, et promittit stipulanti, qui eodem errore falsus non minus putat sibi deberi. Qua in specie non minus, quam in superiore exceptionem doli competere promissori declaratur in dicto *tit. de except. ibid.* Id autem contingit in eodem exemplo hoc modo; si proponas legatarium, et heredem simul ignorasse quinquaginta codicillis esse adempta, quia codicilli latebant: ideo heredem fidem testamenti secutum legatario in eadem ignoratione versanti, et bona fide stipulanti centum solida promisisse: hic dicimus si codicilli postea emergant, et legatarius ex stipulatione tota centum petat, summoveri eum doli mali exceptione pro parte posse. Sed unde doli exceptio, dixerit aliquis, adversus eum, qui in stipulando nihil dolo fecit? Respondet Ulpianus hoc loco, et pluribus in *L. 2. §. circa, supr. de dol. ma. except.* non ex præterito dolo hanc exceptionem esse, sed ex præsente; licet enim eo tempore, quo actor stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen eum dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere, quam sine caussa, quæ initio subesse putabatur, esse intelligat. Ait autem in hac specie rem in se dolum habere, quia persona stipulantis dolo caret; sed res, idest, stipulatio et promissio in se dolum habet, fraudem nimirum et damnum promissoris, qui suo errore deceptus est, ut promitteret, quod non debuit. Et hæc de stipulatione et cæteris contractibus stricti iudicii recepta sunt, cum hoc loco, tum in *d. L. pen. C. de inut. stip. et tit. de exc. in princ.*
† Aliud iuris est in contractibus bonæ fi- 5
dei: quo in genere et nullam esse venditionem legimus, in qua quis in hoc deceptus est, ut venderet, *L. et eleganter, supr. de dol.* et societatem ipso iure nullius esse momenti, quæ dolo malo aut fraudandi caussa coita sit. *L. 3. §. ult. supr. pro soc.* Sed etsi quis rem alioqui emptu-

rus

rus in hoc deceptus sit, ut pluris rem emeret, quam valebat, eatenus quoque ipso iure non tenebitur: idest, quamvis exceptionem doli initio litis contestatus non erit, nihilominus tamen quandoque obiecto ante sententiam dolo et probato absolvi debebit non secus, quam si exceptionem initio op-
6 posuisset; † idque ex eo efficitur, quod dicitur sola iudicii bonæ fidei potestate exceptiones omnes bonæ fidei iudiciis inesse. *L.* 3. *supr. de resc. vend. L. huiusmodi*, §. *qui servum*, *supr. de leg.* 1, *L. plane*, *et L. ult. supr. de her. pet.* cum in iudiciis stricti iuris exceptiones initio contestari oporteat, si quem usum earum in his iudiciis postea esse velimus. *L. præscriptionem*, L. *si quidem*, *C. de exc.* Quæ differentia ex ipsis verbis iuris, quod de utroque genere ad concipiendum iudicium positum est, nata est. Nam ut declaratur in §. *ult. Inst. de obl. ex cons.* in contractibus bonæ fidei iure alter alteri obligatur, eodemque iure et constituitur actio in id, quod alterum alteri ex æquo et bono præstare oportet. Hoc iure posito, non modo qui in his generibus deceptus est, eatenus absolvi debet ex legis sententia, quia æquum est, sed etiam ex verbis quæ in id æquum et bonum aperte concipiuntur; *cum alioqui*, inquit, ibidem Iustinianus, *in verborum obligationibus*, idest, in stipulationibus *alius stipuletur*, *et alius promittat.* Quibus verbis significat in stipulationibus obligationem et actionem ad id solum referri, quod unus stipulatus sit, et alter promiserit, omissa quæstione, an æquum
sit id præstari, necne. † Ex his intelligi- 7
tur vere definiri in *L. bonam*, *C. de obl. et act.* quod ad omnes contractus indistincte pertineat, bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Constat enim ex hoc loco, et his quæ supra disseruimus, nihil ratum esse ne in stipulatione quidem, quod dolo malo factum sit, aut nunc fiat contra bonam fidem: tametsi verum est bonam fidem in contractibus servari dissimiliter; cum ut diximus, in contractibus bonæ fidei ita hæc servetur, ut ipso iure id non valeat quod contra eam contractum est; in stipulatione autem et similibus, quod ita gestum est, solum per exceptionem infirmetur.

Ad L. Si certos 37.

Paulus lib. 12. ad Sabinum.

Si certos nummos puta qui in arca sint, stipulatus sim: et hi sine culpa promissoris perierint; nihil nobis debetur.

QUidquid debetur, si certum est, et perire potest, vel, quod semel dici sufficit; si perire potest, referri debet ad definitionem de interitu et mora supra traditam in *L. si ex legati*, 23. *supr. eod.* in quo genere est species huius loci.

Ad L. Stipulatio ista. 38.

Ulpianus lib. XLIX. ad Sabinum.

Stipulatio ista, *habere licere spondes?* hoc continet, ut liceat habere, nec per quenquam omnino fieri quo minus nobis liceat habere, quæ res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat; videtur igitur alienum factum promisisse: nemo autem alienum factum promittendo obligatur; et ita utimur; sed se obligat, ne ipse faciat quo minus habere liceat; obligatur etiam ne heres suus faciat, vel quis cæterorum successorum efficiat ne habere liceat. Sed si quis promittat per alium non fieri, præter heredem suum: dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. At si quis velit factum alienum promittere: pœnam, vel quanti res ea sit, potest promittere.

SUMMARIA.

1. *Summa capita huius L.*
2. *An et quatenus stipulatio hæc*: Habere licere, *valeat; et quæ dubitandi ratio.*
3. *Nemo alienum factum promittendo obligatur.*
4. *Exceptio: Si pœna, aut id quod interest stipulatoris, promissum sit.*
5. *Explicatur* §. Qui autem. L. Ex empto, supr. de act. empt.
6. *Ex generali promissione factum alienum quatenus præstetur.*
7. *Ex speciali promissione, qua quis de suo facto pollicetur, nunquam promissor extranei evictionem præstat.*
8. *An, qui promittit se curaturum ne alius evincat, omnium evictionem se præstaturum promittere videatur.*

EMptor a venditore stipulatur rem venditam habere licere, idque iudicio empti venditor promittere cogitur. *L. ex empto*, §. *etiamsi*, *supr. de act. em.* De hac stipulatione quinque tractat Ulpianus hoc capite: † Primum, an hæc stipulatio valeat, et quatenus; hoc in principio. Secundum, quando videatur contra hanc stipulationem fieri, ut ea adversus venditorem committatur, eiusve heredes, hoc in illis verbis, *sed quatenus*, et in §. *si quis forte*, *seq.* item in §. *habere.* Tertium, quis recte promittat habere licere; hoc in §. *quæsitum.* Quartum, quibus et adversus quos committatur hæc stipulatio; hoc in §. *sicut.* Postremum, quis recte hoc ipsum stipuletur a venditore; hoc in §. *hi qui*, et §. *hæc quoque*, *seq.* † Initio igitur, ut dixi, tractat, an valeat hæc stipulatio. Dubitationis caussa est, quod qui promittit emptori rem habere licere, hoc promittere intelligitur, rem ei habere licere non tantum per se heredemve suum, sed etiam per omnes: idest, neminem omnino facturum, quominus rem ei habere liceat, neque se, neque heredem suum, neque adeo extraneum quemlibet. At qui promittit alium non facturum, sive rem non ablaturum, is factum alienum promittit: † id quod fieri ius vetat. L. *inter*, *in princ. infr. eod.* quo fit, ut hæc stipulatio simpliciter concepta videatur esse inutilis. Et Ulpianus de extraneo fatetur, quatenus quis promittit eum non facturum, quominus emptori habere liceat, eatenus stipulationem non valere: sed negat eam rem efficere, quominus de se heredeque suo recte promittat, ubi non alienum factum promittit, sed suum, aut eorum, qui una persona cum eo esse existimentur. Ideo actenus stipulationem valere, et promissorem heredesque eius eatenus obligari ait. † Sed hoc adiicit: Si pœna promissa sit, aut id quod interest emptoris, si illi rem habere non liceat, futurum esse, ut re a quovis etiam extraneo evicta venditor teneatur. Merito, in pœnæ enim promissione venditor de se, et pecunia sua promittit. Adeo autem disertis verbis Ulpianus scribit, remota pœnæ, aut eius quod stipulatoris interest, stipulatione, eum qui promittat per alium non fieri, inutiliter promittere, ut qui hanc promissionem utilem esse velit, et extraneo evincente promissorem ex ea teneri contendat, caussam dicere non possit, quin non dico pro Ulpiani interprete se non gerat, sed ultro se illi constituat adversarium, et eius sententiæ reprehensorem. Non enim tantum ille ait hoc iure nos uti in proposito, ut nemo alienum factum promittendo obligetur; sed etiam diserte scribit, si quis promittat per alium non fieri præter heredem suum, dicendum esse inutiliter eum promittere factum alienum. Nos vero id tenebimus, neque committemus, ut quod tam aperte scriptum est, non vidisse, aut quod tam certa ratione iuris nititur, temere repudiasse videamur. Neque vero quidquam obiicitur, quod nos eam sententiam mutare cogat. Moventur vulgo in contrariam partem L. *ex empto*, §. *qui autem*, *supr. de act. em.* sed quam recte, vel hinc licet intelligere: quod enim præcipue animadvertendum est, locus est eiusdem Ulpiani de hac ipsa promissione, *habere emptori licere*: ut nisi aperte vel contrarium illic scriptum sit, vel ex his, quæ illic scripta sunt, necessario consequatur, nunquam eum locum sic debeamus interpretari, ut idem alioqui intelligens et prudens scriptor a seipso dissideat, quorum neutrum eo loco reperietur. † Verba autem hæc sunt: *Qui autem habere licere promittens vendidit, videamus, quid debeat præstare.* Et multum interesse arbitror, utrum polliceatur per se, venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius evincat, et subiicit id ita esse, sive stipulatio interposita sit, sive non sit: ut appareat eum non solum de eo agere, qui sola conventione pollicitus sit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, sed etiam de eo, qui idem stipulanti emptori promiserit, de quo nunc agimus; quam ob caussam verbo *pollicea-*

tur

tur initio consulto usus est, non quia notare vellet nudam conventionem sine stipulatione; sed quia polliceri verbum est commune, et ad nudam conventionem emptionis pertinens, et ad stipulationem: quarum de utraque dicere instituerat. Sed ad rem. Ille eum, qui promisit solum per se non fieri, ait non videri id præstare, ne alius evincat. Quid, si promiserit non fieri per omnes etiam extraneos? Nihil de eo nominatim subiicit: ut si quid de eo statui ex eo loco velimus, id solum sit, quod ex præcedentibus colligatur. At ex iis evidenter colligitur, inquiunt, si promiserit venditor generaliter per omnes non fieri, quominus emptori haberi liceat, id eum præstare debere, non solum ne ipse aut heres eius, sed etiam ne alius quivis evincat. Propositum enim illi est distinguere promissiones istas in eo, quod alius evincit, et quod de una negavit, de altera affirmare. Negavit autem ex speciali promissorem præstare debere, quod alius evincit; ex quo volunt effici ex generali promissorem hoc ipsum etiam præstare
6 debere. † Et si dicunt hoc colligi, ex generali ea promissione aliquando factum alienum, seu alienam evictionem præstari, aliquando, inquam, non semper: concedo, et verum est; præstatur enim tunc, cum pœna promissa est, aut id quod interest, si emptori habere non liceret; de quo verisimile est Ulpianum sentire; quoniam ea stipulatione interdum simpla, ut plurimum autem dupla promittebatur, in eamque rem etiam erat ex empto actio. *L.* 2. *L. emptori*, *supr. de evict.* Sin hoc volunt colligi, semper ex ea promissione generali præstare promissorem debere, quod alius evincat, id vero ab illis recte fieri nego, quia non necessario efficitur ex præcedentibus. Ut enim inter istas promissiones multum intersit, ut Ulpianus pro-
7 posuerat, satis est, si dicatur † ex speciali, qua quis de suo facto pollicetur, nunquam promissorem extranei evictionem præstare, sive pœna promissa sit, sive non sit; ex generali autem, qua de suo, et omnium facto pollicetur, aliquando debere præstare cuiusvis evictionem. Scio dubium fieri posse ex præcedentibus, an Ulpianus has species ita distinguere velit, quasi ex generali ista promissione semper evictio aliena præstari debeat, ex speciali autem nunquam: propterea quod sic maxime inter eas interesset, si hæc differentia statuatur. Sed nego ex præcedentibus necessario colligi. Quoniam autem incertum est, utrum magis sit ex sententia Ulpiani, huius rei diiudicatio ex aliis locis petenda est? idque eo magis, quod eo loco non est propositum Ulpiano de ea generali promissione tractare, sed ea omissa persequi id, quod de speciali dixerat, nempe promissorem aliorum evictionem præstare non debere, ubi de se tantum, et heredibus suis pollicitus est. Hinc enim occasione data quærit, an cum convenit, ne venditor evictionem alienam præstet, eo usque producenda sit hæc conventio, ut re ab alio evicta venditor nec pretium rei restituere debeat. Unde apparet Ulpianum, quod de altera generali promissione ius erat, consulto prætermisisse, ut regulis iuris, et iis, quæ de ea aliis locis ipse tradidisset, relinqueret. Scimus autem ex hoc loco ab eodem ipso scriptum esse, nisi dupla, aut simpla, aut id quod interest, promittatur, inutiliter quem promittere per omnes non fieri, quominus tibi habere liceat; hanc igitur sententiam illic non mutat. Sed ut desit ille locus, sunt, qui eam sententiam una cum ratione hoc loco reddita everti putent eo, quod idem Ulpianus alibi scribit, eum, qui promittit per se non fieri, videri promittere non tantum se nihil facturum, sed etiam curaturum se, ne alius faciat, quominus emptori habere liceat: hoc ille in *L. in illa.* 50. *infr. eod.* Idem Paulus significat in *L. inter*, *infr. eod.* † Hoc posi- 8
to sic illi sumunt: qui promittit se curaturum, ne alius evincat, omnino in id se obligat, ut faciat ne res a quoquam evincatur, sive eum prohibere possit, sive non possit. Arg. L. *ult.* §. *ult. supr. si cert. pet.* §. *si quis alium*, *Inst. de inut. stip.* Ex quo colligunt eum, qui promittit per alium non fieri, quo res evincatur, semper teneri, quicunque quamvis extraneus rem evincat. Ego autem miror ita ab ullis tam parum considerate dici, ut non animadvertant necesse esse aut falsa esse, quæ sumunt, aut si vera sunt, non modo id non effici, quod volunt, sed potius se solos oppugnari hoc argumento, eam autem sententiam, quam defendimus, aperte confirmari. Observandum est enim et in L. *in illa*, et in *L. inter*, *infr. eod.* quod dicitur eum, qui promittit non fieri, videri promittere se curaturum, ne fiat; non de quovis dici, qui promittit non fieri, sed nominatim de eo, qui promittit per se non fieri, seu de eo qui de se promittat. Demus igitur, *si videtur*, hunc videri promittere se curaturum, ne quis alius evincat, et ita promittere, ut quisquis alius rem evincet, huius factum debeat præstare: tamen vitiose omnino colligitur idem probandum esse, et trium

si quis promittat per alium non fieri, sive alium non facturum. Imo vero contra colligi debuit hoc modo: qui promittit per se non fieri, promittit se curaturum, ne quisquam alius faciat, et ob id alio quovis evincente tenetur, at quamobrem? nimirum quia de se, et suo facto promittit: in quo continetur, ut ne sinat alios facere. Ergo qui promittit non per se, sed per alium fieri, quo res evincatur, contraria de caussa dicendum est eum alio evincente non teneri; quia non promittit se curaturum, ne alius faciat; et ideo non intelligitur promittere, quia de suo facto non promittit, sed alieno. Si quid ex superioribus locis ad rem colligi potest, hoc modo concludi debuit: qui promittit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, idem promittere intelligitur se curaturum, ne alius faciat, quominus emptori habere liceat. At qui promittit se hoc curaturum, is præstare debet, ne quisquam etiam extraneus evincat, eoque evincente tenetur. Ergo qui promittit per se non fieri, quominus emptori habere liceat, is etiam extranei cuiusvis factum præstare debet, et eo evincente tenetur. At hoc non solum falsum est, sed etiam illi ipsi, qui superiore argumento utuntur, maxime falsum esse volunt, ut qui id defendant, quod diserte scriptum est in *L. ex empto*, §. *qui autem*, *supr. de act. empt.* eum, qui pollicetur per se non fieri, quominus habere liceat, non videri id præstare, ne alius evincat. Quare aut fateantur non esse verum, eum, qui promittit se curaturum, ne alius evincat, promittere se omnium evictionem præstaturum, eoque nomine teneri: quod si fit, palam est eorum rationem concidere: aut si pergunt id tenere, convertant in se argumentum, sciantque eo hoc effici, eum, qui promisit per se non fieri, quominus habere liceat, omnino præstare debere, ne alius evincat: quod tamen minime volunt, et prius recte negaverant. Ita fit omnino, ut utrum elegerint, ipsi secum pugnent, non eam sententiam, quæ hoc loco ab Ulpiano tam diserte scripta est, ullo modo lædant. Sed tamen quia alia parte, qua nolunt, Ulpianum superiore obiectione oppugnant, et ea pars huius loci est, conabor non minus et eam obiectionem hoc loco expedire. Scribit Ulpianus eum, qui promittit per se, venientesque a se personas non fieri, quominus emptori habere liceat, quatenus solum id facit, aliorum nomine non teneri, seu non præstare, quod alius evincat; quod et ab illo positum est in *d. L. ex empto*, §. *qui autem*; et hoc loco satis significatur. Quæritur, num sit contrarium, quod alibi constanter traditur, eum, qui promisit per se non fieri, non tantum promittere se non facturum, sed etiam se curaturum, ne alius faciat. Sic enim fit, ut nisi curaverit, alio evincente teneatur. *d. L. in illa. d. L. inter*, *infr. eod.* Dicimus inter ista optime convenire. Quod enim dicitur, eum qui superius illud promittit, non videri præstare, ne alius evincat, sic accipiendum est: non ne quivis alius evincat, sed ne evincat alius, quem ipse prohibere non potest. Quod si quem cura sua prohibere potuit, neque fecit, et rem ab eo evinci passus est, dicimus eum teneri. Neque id ideo tantum dicimus, quia diserte in simili genere stipulationis, quæ in non faciendo sit, hæc distinctio usurpata est ab eodem Ulpiano in *L. fluminum*, §. *quanquam*, *supr. de dam. inf.* sed etiam quia verbis ipsis maxime convenit id ita interpretari. Cum enim is facit, quem promissor prohibere potest, non minus promissor ipse facere intelligitur: ex quo illud dictum est in *L. nullum*, *infr. de reg. iur.* nullum crimen pati eum, qui scit et prohibere non potest. Quod autem dicitur, hunc ipsum, qui promittit per se non fieri, intelligi promittere se curaturum, ne alius idem faciat; non modo superiori distinctioni non adversatur, sed eam ipsam apprime confirmat. Qui enim promittit hoc se curaturum, de iis promittit, quos cura sua potest prohibere. Quod ad eos attinet, quos prohibere non potest; aut de his prohibendis nihil promittere intelligitur, quia nequidquam promitteret; aut si verbis de his promittat inutilis promissio est, quia id promittat, quod per rerum naturam præstare non potest. Nam ut ne quis agat adversus emptorem meum, aut etiam meipsum, et omnino ne quis illi damnum det, aut iniuriam faciat, nulla cura aut diligentia possum consequi *L. ad eos*, *supr. com. L. si ea res*, *supr. de act. empt.* Quod etsi certam et expeditam rationem habet; tamen vererer, ne non cuivis statim posset probari, nisi hæc distinctio, ut dixi, in hoc genere stipulationum ab Ulpiano constituta esset in *d. L. fluminum*, §. *quanquam*, *supr. de damn. inf.* Nam et in stipulatione damni infecti reus promittit opus neque a se, neque ab alio factum iri, ex quo quid damni detur stipulatori loci, ædium, operisve vitio, ut colligere est ex *d. L. fluminum*, §. *quanquam*, *et* §. *ult de damn. inf.* his verbis opus a se non fieri, non minus pro-

mit-

mittit reus se curaturum, ne quisquam alius faciat, quam, qui promittit per se non fieri, promittere intelligitur se curaturum, ne quisquam alius faciat; quod et Ulpianus in *d.* §. *quanquam*, confirmat, sed ita interpretatur, ut si opus fiat ab eo, quem promissor prohibere potest, stipulatio committatur; si ab eo, quem prohibere non potest, non committatur. Non est igitur dubitandum, quin ille sub una specie omnia, quæ diximus, in similibus omnibus statuat. Sed hic exoritur istorum ratio ex adverso. Volunt enim eum, qui promittit se curaturum, ne alius faciat, de omnium facto promittere, et promittere utiliter ita, ut quisquis contra faciat, eius factum præstare debeat, quamvis eum quominus faceret, non potuerit prohibere. Etsi prius id negaverant: quia tamen nunc dicunt, de re videamus. Ego quidem nego, et falsum esse, ac quamobrem falsum sit, satis mihi paulo ante ostendisse videor. Probare tamen adversus Ulpianum conantur, et utuntur hoc argumento, quod qui promisit se curaturum, ut Titius det, aut faciat, placet eum omnimodo efficere debere, ut Titius det aut faciat; aut si id consequi non possit promissor, ipsum præstare debere. *L. ult.* §. *ult. supr. si cer. pet.* arg. §. *si quis alium*, *Inst. de inut. stip.* Sed multum interest, utrum quis promittat se curaturum, ut Titius det faciat; an vero se curaturum, ne Titius det faciat. Prius recte promittitur, et omnino præstandum est: quia et præstari potest a promissore; ut enim Titius non det, aut faciat; certe est in potestate promissoris id ipsum dare aut facere, ut nihilomnus stipulatori satisfiat. Posterius promittitur inutiliter, si quis de eo promittat, quem facientem prohibere non possit. Sive enim nondum Titius contra fecit, tamen obsistere ei quo minus iudicio agat, non possumus: sive iam contra fecit, natura non patitur, ut quod factum est, infectum fiat. Præclare igitur omnia hic Ulpiano se habent, uti ab illo scripta sunt, suntque eiusmodi, quæ sint cum omnibus aliis locis, qui de vi eiusdem stipulationis scripti sunt, quam maxime consentientia. Reliqua exsequamur.

Ad §. Sed quatenus habere. *et ad* §. si quis forte.

Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat; hoc est, neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores.

§. Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu vel de usu, vel de quo alio iure eius quod distractum est: palam est committi stipulationem. Habere enim non licet ei cui aliquid minuitur ex iure quod habuit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio habere licere, quo facto committatur.*
2. *Duæ evictionis partes: Controversia et rei ablatio.*
3. *Quorum facto stipulatio hæc committatur.*
4. *Cuius rei nomine.*
5. *An ob evictionem servitutum prædiorum committatur hæc stipulatio.*

HIC docet, quando hæc stipulatio committatur. Summa autem est, tunc committi, cum promissor heresve eius sic rei controversiam facit, ut eo facto aliquid minuatur stipulatori de eo iure, quod habuit. In quo tria complectitur, quæ distincte spectanda sint: primum quo facto stipulatio committatur: deinde quorum
1 facto; tum cuius rei nomine. † De facto si verba solum quæ initio sunt, sequi volumus, dicemus committi hanc stipulationem auctore Ulpiano, si quis rei venditæ controversiam faciat: controversiam, inquam, nihil amplius; sic enim verba sunt: *sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat*, et mox: *si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio iure eius quod distractum est; palam est committi stipulationem*; his verbis ad stipulationem committendam satis est controversiam factam esse, quod falsum est: rem enim auferri oportet. *L. habere, sup. de evict.* Sed quid sequatur, videndum est. Ita etiam de qua controversia sentiat, facile intelligemus. Subiicit autem superioris sententiæ rationem in hæc verba: *habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex eo iure, quod habuit.* Vult ergo aliquid minui; ita etiam eam controversiam intelligebat, qua aliquid minuitur, atque id

id ita fit, si quid auferatur. Et ita res habet: committitur hæc stipulatio re evicta
2 *L. venditor*, *supr. de evict.* † Evictio duas partes continet: controversiam, quæ iudicio fit: L. *non tamen*, *supr. de evict. L. atqui natura*, §. *cum me*, *sup. de neg. gest.* et rei ablationem, quæ sententia iudicis sequatur. *d. L. habere*, *de evict.* neque ideo perperam controversiæ solum meminit, oblationem prætermisit. Controversiam enim intellexit, quæ esset cum effectu, ut bene Accursius accepit: quo modo verba accipienda esse alibi præcipitur. *L. 1. supr. quod quis. iur. L. pen.* §. *docere*, *supr. ne quis eum*, *qui ius voc. est*, *vi exi.* Sed cur cum ad certitudinem præceptionis pertineret id exprimi, non expressit; quia apparet non fuisse ei propositum de ea parte ex professo agere, sed hoc posito controversiam hic esse necessariam, solum docere, a quibus moveri eam oporte-
3 ret, et qua de re moveri satis esset. † De personis aperte dicit, non aliis controversiam facientibus committi stipulationem, quam promissore, eiusque heredibus. Quod iis, quæ prius dixerat, consequens est. Nam si is, qui promittit emptori habere licere, aut non intelligitur promittere per alios, quam per heredem non fieri, quominus habere liceat; aut si id promittit, tamen inutiliter promittitur: perspicuum est aliis evincentibus, stipulationem, quæ de his nul-
4 la est, committi non posse. † In re de qua fit controversia, quæque emptori eo iudicio aufertur, nihil referre Ulpianus ostendit, quænam ea sit, dum sit possessio, aut ex iure eius, quod distractum est: quo in numero sunt, proprietas, ius emphyteuticum, ius superficiarium, ususfructus, usus, habitatio: quæ omnia ex verbi significatione respondentur. Est enim habere, ita rem in potestate habere, ut iusto possessori, et vero domino convenit. §. *habere*, *infr. ead. L.* quod ei facere non licet, cui aut possessio, aut ius aliquod dominorum proprium aufertur. Cum autem dicit committi stipulationem, *si quis controversiam fecerit de proprietate*, *vel usufructu*, *vel usu*, *vel quo alio iure*, his verbis, *vel quo alio iure*, aperte declarat se nullum ius excipere, quod sit eius rei, quæ distracta est. Quo nihil verius, si modo ius eius, quod distractum est, intellexerimus ius, quod rem distractam sequitur, seu quod re distracta emptori ex empto præstari debuit. Quod sine dubio Ulpianus intelligit, cum subiiciat postea habere non licere ei, cui aliquid minuitur ex iure, quod habuit. Id habuit emptor, quod iure empti illi traditum est; et iure empti traditum illi, quod ex empto habere debuit. Quare si quid illi ex empto præstari non debet, id verbis superioribus non continetur, ac quominus impune auferri possit, hic locus non est impedimento. † 5
Hoc eo spectat, ut intelligatur non pertinere definitionem huius loci ad servitutes prædiorum, etsi verba prima fronte id efficere videntur; proinde nec quidquam dici contrarium, cum in *L. pen. supr. de evict.* traditur evicta ab alio servitute, quæ fundum venditum tacite secuta sit, venditorem ob eius evictionem non teneri. Quo et significatur ob eam evictionem non committi hanc stipulationem, quam tamen ob evictionem committi diximus. Etenim servitus, quæ a prædio vendito debetur, non est ius rei venditæ quod dominus prædii habere possit: cum id ius alii debeatur. Ipsa libertas rei venditæ, eius quidem rei ius est, si quis eam una cum re tradat, sed non est eiusmodi, quam venditor ex empto debeat præstare, nisi nominatim fundum vendat, uti optimus maximusque est, ut in *ead. L. pen.* scriptum est. Merito igitur, et quidem maxime de sententia huius loci eam libertatem emptori impune auferri dicimus ab eo, cui servitus debita fuerit, tanquam rem quæ non sit ex eo iure, quod emptor vel habuerit, vel etiam iure emptionis habere debuerit. Sed de hac parte evictionis ad huius loci explicationem plura scripsi in *Commentario de evictione.*

Ad §.

Ad §. Quæsitum est.

Quæsitum est, utrum propriam demum rem, an et alienam promittere possit habere licere. Et magis est ut et aliena promitti possit, quæ res ita effectum habebit, si propria esse promissoris cœperit. Quare si perseveraverit aliena, dicendum erit stipulationem non committi, nisi pœna adiecta sit: cum neque per eum, neque per successorem eius quicquam factum sit.

SUMMARIA.

1. *Rem alienam vendens inutiliter promittit emptori habere licere, et cur.*
2. *Duo casus excipiuntur: Si res postea venditoris esse cœperit, et si pœna stipulationi adiecta sit.*
3. *Stipulatio*, habere licere, *quæ de re aliena ab initio inutilis est, quomodo convalescat re postea promissoris facta.*
4. *Pœna adiecta, si res quamvis aliena manens, evicta tamen a domino sit, stipulatio committitur.*
5. *De promissore in aliena potestate constituto, remissive.*

CErtum est rem alienam vendi posse. *L. rem alienam, supr. de con. em.* Certum et illud, eum, qui vendiderit, præstare debere emptori habere licere, ac nisi præstet, evictionis nomine ex empto teneri emptori. *L. ex empto, in pr. L. servus*
1 *quem, §. ult. supr. de act. em.* † Sed tamen qui rem alienam utiliter vendidit, inutiliter promittit hoc ipsum, rem emptori habere licere. Sive enim promittit alium non esse evicturum, inutiliter factum alienum promittit, ut initio dictum est: sive de se promittit; tamen hoc quoque promittit inutiliter, quandiu res aliena erit: quoniam rem alienam, etiam si velit, iu-
2 dicio auferre non potest. † Sed hoc, inquam, quandiu res aliena erit; cæterum ita utilis erit stipulatio, si res postea esse cœperit venditoris, eiusdemque promissoris; aut pœna stipulationi sit adiecta. Re venditori postea quæsita, est, quod venditor possit vindicare, et iudicio auferre emptori, si emptor nulla exceptione eum sum-
3 moveat. L. *vindicantem, supr. de evict.* † Quod si fit, non eo minus adversus promissorem committetur stipulatio, quia ab initio cum promittebat, res aliena fuerit, ac de re aliena sit stipulatio inutilis. Cavit enim venditor de re, quo tempore aliena erat: sed cautio collata in id tempus, cum res eius facta esset: promisit enim emptori rem habere licere per se, heredemque suum. Frustra, nisi de ea re id promittitur, de qua promissor efficere potest, quominus emptori eam liceat habere. Nec potest id efficere de alia, quam de sua, quæve ad ius eius pertineat. Sic autem stipulatio semper accipienda est in re ambigua, ut aliquid egisse videatur, L. *quoties in stipulationibus, infr. eod.* Et præterea cum hæc verba, Habere licere, generaliter concipiantur in omne tempus, et quod nunc est, et quod postea quandoque futurum est, quo fieri potest, ut rem habere non liceat: convenit utrumque saltem verbo generali contineri. L. *si servitus, supr. de ser. urb. præd.* † Quod ad pœnam attinet, pœna 4
adiecta facit, ut quamvis res aliena maneat, tamen alio evincente, qui vere sit dominus, pœnæ stipulatio committatur, quod et initio generaliter Ulp. posuerat. Sed hæc de eo dicta sunt, qui sit sui iuris. † In 5
his, qui in aliena potestate sunt, si promittant habere licere emptori, etsi de re aliena promittunt: tamen ideo promissio valet, quia personarum ratio aliam admittit verborum interpretationem: qua recepta nihil est stipulationi impedimento, de quo dicetur in §. *hi qui, infr. ead. L.*

Ad §. Si autem.

Si autem ex parte rei successores eius cum ipso tenentur: ita etiam ex parte actoris committitur stipulatio, ipsi stipulatori, cæterisque quicunque ei succedunt, scilicet si rem ipsi habere non licuerit; cæterum si alii habere non licuit: certo certius est non committi stipulationem; et nihil intererit, utrum ita stipuler, *habere licere*; an, *mihi habere licere.*

SUMMARIA.

1. *Stipulatio et promissio defuncti ad heredes, etiam nulla a contrahentibus facta heredum mentione, pertinet.*
2. *Lectio Florentina notata.*
3. *Successores hoc loco, qui.*

1 SI heres in locum et ius defuncti succedit; *L. quædam*, §. 1. *supr. eden.* denique si eadem persona est cum defuncto: *novel. de iur. a mor. præs.* quicquid de se defunctus cavet, sive stipuletur, sive promittat, id et ad heredes pertinere necesse est, etiamsi contrahentes nullam heredum mentionem fecerint. Et hoc est, quod dicitur heredem eodem iure uti debere. *L. qui in ius, infr. de reg. iur.* Proinde et in stipulatione proposita, qui stipulatur habere licere, aut nominatim sibi habere licere, etiam heredibus cavere intelligitur; idque ad omnem conventionem pertinet: *L. si pactum, supr. de prob.* ut dicendum sit hanc stipulationem committi non tantum ipsi stipulatori, si ei habere non liceat, sed etiam eius successoribus, si ipsis non liceat rem habere;
2 † ideoque manifestum mendum esse, cum in Pandectis Florentinis, et aliis exemplaribus legitur, committi stipulationem cæteris, quicunque stipulatori succedunt; *scilicet si rem ipsi habere non licuerit*: pro quo legendum est, *scilicet si rem ipsis.* Nam profecto si stipulatori ipsi non liceat rem habere, stipulatio ipsi commissa est, non eius heredibus, quamvis commissæ actio ad heredes transeat. Idem vice versa et in promissoris heredibus admittendum est. Si quis indefinite promittat habere licere, aut nominatim per se non fieri, quominus emptori habere liceat, quamvis nihil adiiciat de heredibus, tamen heres in stipulationem eodem iure succedit. §. *ult. Inst. de loc.* † Successores hoc loco ubique 3
nominat Ulpianus: quo verbo iuris successores continentur, idest, heredes; non singularum rerum successores, puta hi quibus stipulator aut promissor rem postea donavit, vel legavit. Ut et fit in edicto *de edendo.*, cum argentarii successores nominantur. *L. si quis*, §. 1. iuncta *L. quædam.* §. 1. *supr. de eden.* Itaque neque si hi rem ab emptore acceptam venditori evincant, committent stipulationem; neque si iis res a venditore accepta evincatur, stipulatio ipsis committetur. Optima ratione: ut enim emptor alios quam heredes obligare non potest: *L. pen. C. ne ux. pro mar. L. 1. C. ne fil. pro pat.* ita nec quisquam liberæ personæ, cuius iuri subiectus non est, actionem acquirere. *L. 1. C. per quas pers. nob. acq. L. quæcunque, supr. de obl. et act.*

Ad §. Hi qui sunt.

Hi qui sunt in aliena potestate, his in quorum sunt potestate, *habere licere stipulari possunt*: ea ratione qua cætera quoque his possunt stipulari. Sed *si servus fuerit stipulatus sibi habere*, quæsitum est an recte stipulatus videatur. Et ait Iulianus libro quinquagesimo-secundo digestorum, *si servus stipuletur sibi habere licere, aut per se non fieri quominus habere stipulatori liceat, promittat*: stipulatio (inquit) non committitur, quamvis auferri res ei, et ipse auferre eandem possit. Non enim factum, sed ius in hac stipulatione vertitur. Cum vero stipulatur, *per promissorem non fieri quominus sibi ire agere liceat*: non ius stipulationis, inquit, sed factum versatur. Sed videtur mihi, licet iuris verba contineat hæc stipulatio, *habere licere*: tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filiofamilias videatur actum esse de possessione retinenda, aut non auferenda, et vires habeat stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Servus quatenus sibi habere licere inutiliter stipuletur et promittat, quatenus utiliter.*
2. *In ambigua oratione semper id agendum, ut res valeat potius, quam pereat.*

1 QUæritur, an servus stipulari possit *sibi habere licere*, aut ipse promittere alteri. Quæstio est in verbi, HABERE, significatione, et in eo, quid de ea significa-

ficatione inter se contrahentes senserint. Habere dupliciter accipi Ulpianus postea docet in §. *habere.* Nam et eum dici habere, qui dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet. Prius si accipimus, frustra stipulatur servus sibi habere licere. Hoc enim stipulari intelligitur, sibi rem habere licere ut suam, sive dominii iure. Nihil autem suum habere servus potest. §. *item vobis*, *Instit. per quas pers. nob. acq.* Quæ res facit, ut neque illi quidquam præstari possit ex ea stipulatione, neque quidquam illi auferri, quo ablato stipulatio illi committatur. Sed et frustra promittit per se non fieri, quo minus stipulatori vel dominium, vel quod aliud ius obtinere liceat. Prius est enim, ut quis ista habeat, quam ut vindicando possit illa alteri auferre. Quod si posterius accipimus, nihil est impedimento stipulationi. Nam et stipulando *sibi habere licere*, stipulari intelligitur possessionem nudam, seu detentionem sibi habere licere: et contra promittendo per se alteri habere licere, hoc cavere intelligitur, se detentionem hanc stipulatori non ablaturum. Detentio et ipsi præstari potest, et ipse eam alteri præstare. Eadem ipsi auferri, et ipse eam auferre alii, quo stipulatio et ipsi committatur, et ipse eam alii committat; eademque et in filiofamilias dicenda sunt in his, quæ patri acquiruntur. Sed utrum potius accipimus? Iulianus priorem verbi significationem secutus ut propriam et usitatam, existimavit in servo, et filiofamil. inutilem esse et stipulationem et promissionem: non enim, inquit, factum, sed ius in hac stipulatione vertitur: *factum* appellans detentionem, quæ facti est: *ius* autem dominium, quod in iure, non in facto consistit. Ulpianus autem in cæteris personis admittens, quod de verbi significatione Iulianus scripserat, putat in filiofamil. et servo, de quibus nunc agitur, posteriorem significationem sequendam, ut ita stipulatio valeat: non quod proprie *habere* non id significet, quod Iulianus dixit: ex quo sensu huic assentiens Ulpianus fatetur hanc stipulationem verba iuris continere, sed quod de posteriore significatione etsi impropria inter contrahentes actum videatur, inquit
Ulpianus. † Rectissime. Si actum est, non 2
dubium est, quin id sequi oporteat. *L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. iur. arg. L. non aliter*, *supr. de leg.* 3. Id autem actum esse ex eo intelligitur, quod nisi id fit, inutilis est stipulatio. Qua ratione placuit semper id agendum esse in ambigua oratione, quoad per verba licet, ut res valeat potius, quam pereat *L. quoties in stipulationibus*, *infr. eod. L. quoties*, *sup. de reb. dub.*

Ad §. Hæc quoque stipulatio.

Hæc quoque stipulatio, *possidere mihi licere spondes?* utilis est; quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus; sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. §. Plane si *tenere sibi licere stipulatus sit servus*: utilem esse stipulationem convenit. Licet enim possidere civiliter non possint: tenere tamen eos nemo dubitat.

SUMMARIA.

1. *Servus tenere sibi licere utiliter stipulatur.*

2. *Servus possidere sibi licere, an recte stipuletur, et quid sit possidere.*

QUO certius sit verum esse, quod de verbo *habendi* supra dixerat Ulpianus, nimirum id improprie accipi debere pro *tenere* in stipulatione superiore, cum aliter stipulatio valere non potest: hoc idem faciendum esse docet in cæteris similibus verbis, cum stipulationis utilitas exigit; veluti, si servus stipuletur sibi possidere li-
1 cere. † Tenere sibi licere si stipuletur, quin utilis sit stipulatio, nulla dubitatio
2 est, et de eo supra diximus. † At hic possidere stipulatur frustra, si verbi proprietatem et usum sequi volumus. Est enim possidere, affectu et animo dominantis tenere, ut Theoph. definit in §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acquir.* et recte, idque ex sententia eius. §. *et L. quæcunque*, §. 1. *supr. de publician.* Hoc autem servus iure Civili facere non potest, quem diximus nihil suum habere posse. Unde dicitur servus Iure Civili non possidere. *L. quod servus*, *L. possessio*, §. 1. *supr. de acq. poss.* Sed abusive qui tenet, etiam possidere dicitur. De hac vero possessione

actum esse intelligimus, cum servus stipulatur sibi possidere licere, eritque hoc modo stipulatio utilis: scilicet quia alia possessio, sive detentio in servum non cadit, eoque nisi hanc intelligimus inutilis futura est stipulatio; quod est contra sententiam contrahentium. Observandum est naturalem possessionem hic opponi ei, cum quis Iure Civili possidet, et Iure Cicili dici possidere, qui et postea dicitur possidere civiliter. Ex quo intelligi potest, quo sensu dicatur alibi civilis possessio, et quo naturalis. Sed do eo suo loco dicendum est.

Ad §. Habere dupliciter.

Habere, dupliciter accipitur. Nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est: et eum qui dominus quidem non est, sed tenet. Denique habere rem apud nos depositam solemus dicere.

SUMMARIUM.

1. *Quo referri debeat, quod de duplici significatione verbi*, Habere, *hoc loco subiicitur.*

1 NON recte Ulpianus definierat supra, cum servus stipulatur *sibi habere licere*, hoc ad possessionem nudam et detentionem referendum esse, si hæc detentio *habendi* verbo non significatur; nihil enim venit in stipulationem, nisi quod verbis expressum est. L. *quidquid*, *infr. eod.* Ideo disputationem de servi et filiifamil. stipulatione institutam concludens, et velut superiori dubitationi occurrens, in eoque sententiam suam magis confirmans docet cum superius illud affirmavit, nihil eo a se factum præter verbi significationem, ne quis forte eam sententiam ob hanc caussam repudiet. Nam et verbum *habere* in usu loquendi accipi pro *tenere*; quod pro conditione rerum, et personarum, in quas dominium, aut ius aliud non cadit, interpretandum est. Huc referri debet, quod de duplici significatione verbi *habere* hoc loco subiicit.

Ad §. Si quis ita stipulatus fuerit.

Si quis ita stipulatus fuerit, *uti frui sibi licere*: ad heredem ista stipulatio non pertinet. §. Sed et si non addiderit, *sibi:* non puto stipulationem de usufructu ad heredem transire; eoque iure utimur. §. Sed si quis *uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit*: videamus an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse: licet diversi sint fructus. Nam et *si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere*: idem probaverimus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, qua aliquid nobis facere licere stipulamur, quo casu ad heredes non transeat.*
2. *Stipulatio, qua uti frui sibi licere quis stipulatur, quas ob caussas ad heredem non transferatur.*
3. *Stipulatio uti frui licere impersonaliter concepta heredi non acquiritur, et cur.* et n. 6.
4. *Aliud esse usumfructum, aliud uti frui: et aliam esse stipulationem, qua stipulamur usumfruct. aliam qua stipulamur uti frui licere.* et n. 12.
5. *Ex stipulatione*, Mihi heredique meo uti frui licere, *heres recte agit.*
7. *Heredis appellatio hic de primo tantum herede, non etiam de aliis successoribus accipienda.*
8. *Heres in proposito qua actione et ad quid agat.*
9. *Nova cautio fructuaria an ab herede interponenda.*
10. *L.* 3. §. Si ususfr. supr. ususfr. quem ca. *explicatur.*
11. *Stipulationes* uti frui licere, et ire agere licere, *recte inter se ab Ulpiano comparari: et quæ inter eas constitutione Iustiniani introducta sit differentia.* n. 13.

PER occasionem superioris disputationis et hæc quoque pars de stipulatione *uti frui* licere nata est. Prius scripserat, cum quis stipulatur habere licere, stipulationem pertinere etiam ad heredes, sive in stipulatione heredum mentio facta sit, sive non sit. † Ne quis id sic accipiat, 1
quasi locum habeat in omni stipulatione, qua

qua aliquid nobis facere licere stipulamur; exemplo duorum generum hoc loco docet non pertinere ad eas stipulationes, quibus quis id, quod personæ cohæreat, stipulatur: veluti; uti frui licere; ire agere licere. Stipulatus quis est, uti frui licere, et addidit *sibi*. Non dubitabant veteres, quin hic stipulatio non transferretur ad heredem.
2 † Nam præterquam quod facta omnia personæ coherede statuebant, ut licet intelligere ex §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* et L. *veteris*, *C. de cont. et com. stip.* accessit etiam, ut sibi tantum nominatim caveret stipulator. Frustra, nisi ideo adiecit, ut aliorum personam excluderet. Tunc potuit dubitari, cum impersonaliter quis stipulatus est, uti frui licere: nam de personis tacens nihil addidit, quo videretur
3 heres exclusus. † Sed etsi non addiderit *sibi*, non putat Ulpianus stipulationem ad heredem transire. Recte: non enim heres verbis stipulatoris, sed re ipsa excluditur: non solum quia factum continetur hac stipulatione: cuius generis omnia, ut dixi, existimabant veteres esse personalia: sed est etiam stipulatio facti de ea re, quam etsi aperte stipularetur quis, tamen ad heredes transire non posset. Is est ususfructus: quem constat morte fructuarii finiri. *L.* 3. §. *ult. sup. quib. mod. us. amit.* §. *ult. Inst. de usuf.* Nam quod dicitur, unumquemque dum sibi paciscitur et cavet, etiam heredibus suis cavere videri: *L. si pactum, supr. de prob.* ad ea quæ personæ cohærent, non pertinet. *L. non solum*, 8. §. *tale*, *sup. de lib. leg.* qualis est ususfructus. *d. L.* 3. §. *ult. quib. mo. us. amit.* L. 5. *supr. de us. et usuf. leg.* Etsi autem hic stipulatio est de facto, qua sti-
4 pulatur, quis, uti frui licere, (quod † cui licet, non continuo est fructuarius; cum fieri possit, ut non sit alicui in fundo constitutus ususfructus, qui rem alienatam sequatur: et tamen ei liceat per dominum, seu per promissorem eo fundo uti frui) tamen dicitur hic stipulatio de usufructu; quia ut plurimum interponi solet ab eo, qui usumfructum iure constitutum habet, ut sit ea stipulatio quodammodo traditionis vice, quomodo et in servitutibus prædiorum constituendi cavendum esse veteres monebant, per te non fieri, quominus eo iure uti possim. *L. quoties*, *ult. supr. de ser.* Nisi quis malit hic nomen positum pro gerundio, ut dicatur stipulatio de usufructu, pro de utendo fruendo; ut alibi novatio a novo, pro a novando. *L.* 1. *infr. de novat.* et damnum a deminutione, pro a deminuendo. *L.* 3. *supr. de damn. infr.* Sed hæc de eo dicta sunt, qui aut stipulatur sibi tantum habere licere, aut stipulatur impersonaliter, idest, ita, ut neutrubi heredum personam adiiciat. † Quod si 5
quis stipulatus sit, uti frui licere sibi, heredique suo, scribit Ulpianus putare se heredem ex stipulatu agere posse, et addit, *licet diversi sint fructus*. Non temere hoc addidit: faciebat enim ad dubitationem, quam his verbis removet, et se ea non moveri ostendit. Diceret enim aliquis nihil ad heredem transire posse, quod prius defuncti non fuerit; si modo recte definitur hereditas, successio in universum ius, quod defunctus habuit. *L. nihil aliud*, *infr. de ver. sig. L. hereditas*, *infr. de reg. iur.* At neque is ususfructus, cuius petitionem heredi damus, neque eius actio aut obligatio unquam penes defunctum fuit: quoniam non is est, qui olim defuncto constitutus erat, sed alius. Quare non videtur eius ususfructus stipulatio posse transire ad heredem. Ulpianus hac obiectione contempta satis habet sententiam suam hoc argumento probare: quod si quis ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaremus. Non est satis, inquies: quid enim ad obiectionem dicimus? et quid si argumentum in eandem reprehensionem incurrit? Et mihi videtur innuere Ulpianus, nihil obiectionem ad rem pertinere. Diversi quidem sunt fructus, quorum unus, is nimirum, qui ab herede petitur, a defuncto esse non possit: sed de usufructu nunc non agitur, quasi quem heres succedendo obtineat; verum de stipulatione. Hæc vero olim defuncti fuit, etiam si in personam heredis concepta est, hoc animo illi quæsita, ut eam moriens heredi traderet. Nisi forte dicimus defunctum heredi suo solum stipulari non posse, quod non ita est. Unusquisque enim heredi stipulando sibi ipsi stipulari videtur, postquam heredis et defuncti una eademque persona esse existimatur: Nov. *de iur. a mor.*
præs. §. *ult.* † Sed si heredi stipulationem 6
acquirit, qui heredi nominatim stipulatur, cur non etiam acquirere intelligitur is, qui impersonaliter, ac non sibi tantum stipulatur; cum existimetur ita quisque affectus esse, ut heredi etiam cautum velit? *d. L. si pactum*, *supr. de prob.* Quia natura ususfructus, seu utendi fruendi certa est; a qua nisi aperte disceditur, necesse est videri intra hanc consistere contrahentes. At contra pacisci licet, et quod convenerit, ratum est: ut in deposito licet convenire, ut culpa præstetur; *L.* 1. §. *si convenit*, §. *sæpe*, *supr. depo.* in commodato, ne præstetur. *L. si ut certo*, §. *interdum*, *supr. com.* Ac nisi id fit, rerum naturam se-

sequimur, idest, nihil amplius præstatur, in deposito, quam dolus: in commodato præstatur et dolus, et culpa, et negligentia. *d.* L. *si ut certo*, §. *nunc videndum.*
7 † Sed verba Ulpiani expendenda sunt. Ait heredem agere posse. Heredem primum intelligere debemus: nam ad heredem heredis stipulatio, vel legatum ususfructus non pertinet, ne inutilis fiat proprietas semper abscendente usufructu, ut est constitutum *L. antiquitas*, *C. de usufr.*
8 † Ait heredem agere posse ex stipulatu. Non ergo usumfructum vindicat, ut defunctus, si forte ei ususfructus constitutus erat; sed agit in personam, non in hoc utique, ut sibi ususfructus constituatur (neque enim stipulatio hæc continuo usumfructum continet, cum aliud sit ususfructus, aliud uti frui, possitque uti frui, qui usumfructum non habet) sed in id, quod sua interest, si per promissorem, heredemve eius fiat, quominus utatur fruatur. Quanquam etsi usumfructum sibi, heredique suo quis stipulatus esset, non tamen usumfructum vindicaret heres, sed ut sibi constitueretur, in personam ex stipulatu ageret. *Diversi sunt fructus*, inquit Ulpianus. Nam qui defuncto constitutus erat, morte eius extinctus est. Ex quo necesse est eum, qui nunc petitur, alium esse, et novum usumfructum: unde et hic repeti dicitur *L. repeti supr. quib. mod. us. amit.* quem si heres habere velit, dari ei oportet. *L.* 3. *supr. de usuf. et quem quis uta.* Hoc autem consequetur ex stipulatu actione.
9 † Quæ si ita sunt, nihil potest dici verius, quam quod quidam scripserunt, prioris ususfructus, qui et finitus est, evanescere satisdationem: et ab herede, si ei ususfructus præstetur, uti hic novus est, ita novam cautionem exigendam. Atque haud scio, an usquam id probetur magis, quam *L.* 3. §. *si ususfr. supr. ususfr. quem ca.* quo tamen loco ad id reprehendendum non-
10 nulli utuntur. † Scribit enim Ulpianus, si repetitus sit ususfructus, ut nunc accidisse proponimus; tamen quotiescunque amissus fuerit, committi istam stipulationem: fructuariam autem intelligit, qua dominus rei a fructuario stipulatus est, finito usufructu sibi restitui, quod ex re fructuaria extabit. *L.* 1. *eod.* Ergo in proposito et mortuo eo, qui usumfructum stipulatus erat sibi, heredique suo, dominus iure rem suam repetet ex stipulatione fructuaria. Sed ita, inquit, *nisi ei utiliter fuerit cautum*, et ad eam rem *exceptione erit opus.* Quibus verbis aperte significat mortuo priore fructuario, et finito eius usufructu desiisse cautum esse. Nam si præcedens cautio maneret, quia semper domino cautum esset, nunquam eveniret: ut committeretur stipulatio fructuaria. Vult igitur Ulpianus heredem, in cuius persona repetitur ususfructus, ita rem restituere debere ex ea stipulatione, nisi iterum caveat: cæterum ipsum cavere utiliter debere: idque si faciat, vel cautum offerat, posse rem retinere, et in eam rem uti posse doli mali exceptione. † Quod Ulpianus istas 11
stipulationes inter se comparat, *uti frui licere*, *et ire agere licere*, in eo ne ad heredem transeant, nisi nominatim mentio heredis adiecta sit; nihil potuit fieri melius. Sive enim in illa stipulatione, *uti frui licere*, factum tantum contineri intelligimus, quod est verius, sive etiam usumfructum: utrumque tale est, ut personæ stipulantis cohæreat. *d. L.* 3. §. *ult. quib. mo. us. amit.* At cohærebant veteribus et facta nuda, quale est ire, agere, ut constat ex §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* At enim stipulatio viæ, itineris perpetua est, et ad heredes transit. *L.* 3. §. *ex his*, *supr. eod. L. heredes*, §. *an ea*, *supr. fa. ercisc.* Quo argumento existimat Accursius non bene per omnia inter se ista comparari. Sed non videt aliud esse iter, aliud ire agere. *Iter* servitus est, res iure consistens, nempe ius eundi. Ire factum est, quod etiam ei tribui potest, qui servitutem in fundo constitutam, aut qui ipse vicinum fundum non habeat. Ideo de stipulatione viæ, itineris, in stipulationibus dandi agitur in *L.* 2. §. 1. *supr.* De stipulatione *ire agere licere*, agitur inter eas stipulationes, quæ in faciendo consistunt. *d. L.* 2. §. *pen. supr.* † Quod ipsum cer- 12
tissimum argumentum est eius, quod supra posui, aliud esse usumfructum, aliud uti frui; et aliam esse stipulationem, qua stipulamur usumfructum, aliam qua stipulamur, uti frui licere: etsi iter et via nisi in eundo agendo, ususfructus nisi in utendo fruendo non consistant. *L. servitutes prædiorum L. viæ*, *supr. de ser. L. uni. in pr. supr. quan. di. us. leg. ced.* † Et 13
hæc quidem recte comparabantur olim, cum placeret facti stipulationes personæ stipulantis cohærere videri. §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* Post constitutionem autem Iustiniani *L. veteris*, *C. de cont. et com. stip.* qua cautum est, ut stipulationes, quæ in faciendo sunt, non minus ad heredes transeant, quam si essent in dando, quamvis heredum mentio facta non sit: non in contrarium iam comparantur istæ stipulationes, quasi pariter transeant ad heredes: sed hæc introducitur inter eas differentia, ut illa quidem stipula-

pulatio *ire agere licere*, etiam sine alia heredum mentione ad heredes transeat iuxta constitutionem, cum servitutis natura id non prohibeat: at illa, quæ est de utendo fruendo, non transeat, repugnante rei, de qua agitur, natura. Versatur quidem in ea factum, sed factum de ea re, quæ etsi aperte in stipulatum deducta esset, tamen morte utentis finiretur, ne, ut dixi, inutiles perpetuo fiant proprietates. Quod ius etiamnum constitutionibus Iustiniani omnibus, quæ sunt sub Titulo. *C. de usufr.* retentum est, præcipue autem in *L. antiquitas.* Nec vero minus superior ratio ad eos pertinet, qui stipulantur *uti frui licere*, quam ad eos, qui stipulantur usumfructum.

Ad §. Si quis dolum malum.

Si quis dolum malum promissoris, heredisque eius abesse velit, sufficere, *abesse, abfuturumque esse*, stipulari; si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adiici, *Cui rei dolus malus si non abest, non abfuerit: quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?*

SUMMARIA.

1. *Stipulatio* Dolum abesse, abfuturumque esse *quid contineat.*
2. *Dolum malum abesse abfuturumque esse simpliciter stipulans, de promissoris et heredum eius dolo tantum utiliter sibi cavet.*
3. *Pœna huic stipulationi adiecta de extraneorum dolo etiam utiliter cavetur.*

1 UT in illa stipulatione, habere licere, promissor infinite de facto non tantum suo, sed et heredum, et omnium etiam extraneorum spondere intelligitur, ut initio capitis huius dictum est: ita et in hac stipulatione, *dolum malum abesse, abfuturumque esse.* Hoc enim dicere intelligitur promissor, dolum abesse, abfuturumque esse a se, ab heredibus, et denique ab omnibus etiam extra heredem. An ergo recte cavetur et utiliter de omnium facto isto modo? Et quod de superiore stipulatione prius dixerat in principio capitis, idem et de hac posteriore tenendum esse docet: significans quod tum dixit, non unius alicuius speciei proprium ius esse, sed esse ius in omnibus perpetuum, inutiliter cum ab heredibus discesseris, factum alienum promitti, nisi pœnam adieceris. 2 † Ergo hoc dicit, si quis de dolo promissoris et heredum eius tantum sibi cavere velit, sat habere eum stipulari simpliciter dolum malum abesse, abfuturumque esse; nec ei esse necesse pœnam adiicere, ut promissore, aut herede eius dolo quid faciente stipulatio committatur: quoniam verbis generalibus omnium dolus et factum contineatur. Inutiliter quidem extraneorum; promissoris autem et heredum eius utiliter. 3 † Sin autem velit quis sibi cavere etiam de aliorum dolo, id eum ita consequi posse, si pœnam adiiciat. Sic enim fiet, ut aliis contra, quam cautum est, facientibus, stipulatio pœnæ, cuius præstatio in facto, idest, in datione promissoris sita est, committatur. Cæterum omissa pœna: inutiliter de aliorum dolo cavebitur. Quod totum de hac specie tam dilucide traditum est in *L. novissima, inf. iud. sol.* ut mirum sit esse adhuc, qui hic tergiversentur; et cum clare scriptum sit, stipulationem hanc ob dolum extranei non committi, nisi pœna promissa sit: tamen nescio quid quærant, non quo ista interpretentur, sed quo probent in summa stipulationem, etiam sine ulla pœnæ adiectione de omnium dolo, etiam extraneorum adversus omnium veterum auctorum manifestas sententias esse utilem. In quo quam nihil afferant, cur nos in hac re contra moveri oporteat, initio capitis satis docuimus.

Ad §. Suæ personæ.

Suæ personæ adiungere quis heredis personam potest. §. Sed et adoptivi patris persona coniungi poterit.

SUMMARIA.

1. *Heredi et patri adoptivo utiliter quis stipulatur.*
2. *Adoptivus pater cur heredi comparetur.*

UT

1 UT in rebus et factis † quamvis personæ cohærentibus, tamen heredi stipulari possumus, ut ad eum stipulatio transeat, de quo dictum est in §. *si quis ita*, *supr.* ita in his quoque recte stipulamur et patri adoptivo, ut adoptione secuta ad eum
2 perveniat earum rerum stipulatio. † Bene Ulpianus istas personas comparat. Successionis enim species quædam est arrogatio, qua fit, ut arrogatus ipse, et una arrogati bona in ius et potestatem arrogatoris transeant quasi successionis iure. *Inst. de acquis. per arro.* Idem fit in patre adoptivo, cum adoptio secundum formam constitutionis Iustiniani transigitur, de qua in *L. pen. C. de adopt. et* §. 1. *Inst. eod.*

Ad §. Inter incertam.

Inter incertam certamque diem discrimen esse, ex eo quoque apparet, quod certa die promissum, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur; et qui promisit, *si aliquid factum sit: vel cum aliquid factum sit*: nisi cum id factum fuerit, dederit: non videbitur fecisse quod promisit.

SUMMARIUM.

1. *De vi et potestate diei stipulationibus adiecti, remissive.*

1 QUÆ de die certa et incerta hoc loco dicuntur, effecta quædam sunt eius iuris, quod velut ex professo de toto genere diei adiecti traditur in *L eum*, *qui calendis*, 41. §. *ult. infr. eod.* ac nisi eo iure ante cognito, satis quam rationem ista habeant, explicari non potest. Eo mihi constitutum est de vi et potestate diei adiecti eo loco semel dicere.

Ad §. Alteri stipulari.

Alteri stipulari nemo potest præterquam si servus domino, filius patri stipuletur, inventæ sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest; cæterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei cuius nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit: sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.

SUMMARIA.

1. *Stipulationis finis quis.*
2. *Stipulari sibi cuique licet: alteri nemo potest*; et n. 10. 19.
3. *Stipulari alteri cur ius non concedat, cum tamen alterius conditionem meliorem facere, et per liberam personam possessionem, et per possessionem dominium acquirere liceat.* et n. 5.
4. *Ratio superiori definitioni a quibusdam falso accommodata refutatur.*
6. L. Ea quæ, supr. de acquir. rer. dom. *explicatur.*
7. *Verbum* Interesse *quomodo hoc loco accipiatur.*
8. *Servum domino, filiumfam. patri stipulando acquirere, nec ullis præterea idem tributum.*
9. *Extraneus alteri stipulando ne utilem quidem actionem ei acquirit.* et n. 56. *Excipitur casus* n. 63.
11. *Promissor an saltem naturaliter obligetur cum quis alteri est stipulatus.*
12. *Stipulatione in alterum collata si promissor nec civiliter nec naturaliter obligatur, qui fiat, ut multis in caussis ei, qui alteri stipulatus est, actio dari dicatur.*
13. *Duobus stipulatorum generibus hoc tributum, ut licet alteri stipulentur: stipulatione tamen commissa actio eo nomine acquiratur.*
14. *Ratio vera et unica eius iuris, quo pater filio, dominus servo recte dicitur stipulari.* et n. 16.
15. *Pater factum, quod in filii personam tantum confertur, item ius, quod per filium ei non acquiritur, inutiliter filio stipulatur.*
17. *Duobus modis contingit, ut nostra intersit dari alteri, cui stipulati sumus.*
18. *Stipulans quod sua interest, sibi, non alteri stipulari intelligitur.*
20. Alter *quidam natura est, quidam iuris interpretatione.*

21. *Tri-*

1 FInis est stipulationis omnis, sine quo stipulatio non modo sit inutilis, sed etiam ridicula, ut qui stipulatur, acquirat, et consequatur aliquid: et necesse est, si acquirit, acquirat ab aliquo, puta a promissore, vel ab alio, et acquirat alicui, puta sibi vel alteri. Quid hic stipulanti liceat, quæritur. Sed a quo acquiri possit quid ex stipulatione, dicetur ad *L. inter, inf.* Cui possimus stipulari, et stipulando acquirere, hic, ut locus postulat, dicemus: pluribus fortassis, si quis verba numeret: non tamen, ut spero, pluribus, 2
quam res postulet. † Et in summa licet cuique sibi stipulari: alteri autem stipulari nemo potest: quæ regula iuris est hoc lo-

eo tradita, et in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* et hanc sententiam habet, ut si quis stipuletur alii dari aut fieri, nihil agat, sitque omnino inutilis stipulatio, ut declaratur in §. *si quis alii*, *Inst. de inut. stip.*
3 † Sed cur ius non concedat stipulari alteri, non immerito quæritur. Quid enim, an non concedit alterius conditionem facere meliorem? Nihil magis, nec quidquam etiam æquius, aut magis secundum naturam. *L. solvendo*, *sup. de neg. gest.* Quod si de re alteri acquirenda agitur, ut hic fit, an non iure per liberam personam alteri acquiritur possessio, et per possessionem dominium? *L. 1. C. per quas per. L. traditio. §. ult. supra*, *de ac. rer. do.* Cur ergo minus in stipulando idem facere ius concedit? Ratio reddita est hoc loco ab Ulpiano, quæ exstat pene totidem verbis in *d. §. alteri.* Quia inventæ sunt huiusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Non est hæc ratio eadem cum propositione, ne quis eam repudiet. Sed hoc dicitur, ideo posse nos nobis stipulari, quia id fieri quod promissum est, nostra intersit: non posse autem alteri, quia nostra non intersit id fieri; tantum autem constitutas esse Iure civili stipulationes, et obligationes omnes in hoc, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest. Res esset expedita, si modo quæ hic Ulpianus, sumit, vera esse constaret. Sed ille prius duo sibi concedi postulat, adversus quorum utrumque solet et potest disputari; neque omnes, quæ contra dicuntur, facile expediunt. Ille ait inventas solum esse stipulationes, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest: falsum, dixerit aliquis, aut certe iniquum. Falsum quidem esse, videtur probari posse aliarum rerum argumento, solutionis puta, et possessionis. Licet enim cuique pro alio solvendo eum invitum et ignorantem liberare, quamvis constet eum, qui solvit nihil sibi acquirere, quod sua intersit, sed solum quod debitoris. Dicta *L. solvendo*, *de neg. gest.* Et possidentem unumquemque alterius nomine ei volenti acquirere possessionem iam supra diximus. Hanc autem alteri acquiri, ubi nihil inde ad nos redeat, nisi acquirendi labor, quid tandem nostra interest? Quod si dicemus datum hoc in aliis rebus, ut per liberam personam possit alterius etiam extranei conditio melior fieri, eique acquiri, quamvis acquirentis nihil intersit, in stipulationibus autem id concessum non esse: videamus, ne sit iniquum, ubi pariter de re alteri acquirenda, eoque augendo agatur, id est, ubi eadem ratio sit, ibi idem ius non constitui contra omnem æquitatis regulam, *L. illud*, *supra*, *ad leg. Aquil.* Illud etiam iniquissimum, invidere hominibus ullo in genere rerum facultatem beneficii in alium conferendi, quos potius præmiis invitare oportebat, ut alios beneficio efficerent. Addit præterea Ulpianus, ut allii detur, nihil nostra interesse. Quid, si hoc quoque tale est, ut hac ipsa ratione etiam auctore Ulpiano efficiatur nos alteri utiliter stipulari posse? Vel hoc ipsum, quod nostra opera aliquid acquiritur aliis, ut id fiat, nostra interesse putandum est. Egregia enim Papiniani sententia est, ut vere, ita recepta, beneficio affici hominem interesse hominis, et quidem eousque, ut hæc sola ratio satis sit ad dandam actionem ei, cuius ita interest, qui absque eo esset, nullam actionem esset habiturus. *L. servus*, *supra*, *de ser. exp.* Quod si quid amplius quærimus, videtur vel maxime et pecuniariter interesse stipulantis alteri dari; quoniam si alteri ex ea stipulatione datum erit, id tale sit, ut videatur stipulator postea ab eo repetere posse vel mandati iudicio, vel negotiorum gestorum. Nam id ita fieret, si quis stipulatus esset sibi aut Titio, et Tit. solutum esset. *§. plane solutio*, *Inst. de inut. stip.* In quibus dissolvendis si sine præfatione laborem sumimus, vereor ne quibusdam videatur inanis hic et stultus labor. † Sunt enim, qui re- 4
pudiato atque etiam irriso in hac parte omni alio veri inveniendi labore, iubeant nos hac [1] ratione esse contentos, ut dicamus ideo hoc ita comparatum esse, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem: scilicet quia Paulus in *L. inter*, *infr. eod.* id ius explicans, cur alium daturum aut facturum inutiliter promittatur, unam hanc, quam modo diximus, eius iuris rationem reddidit. Sed multum interest, utrum quis promittat alterum facturum, an spondeat daturum se, aut facturum alteri. Alterum facturum qui promittit, non se obligare vult, sed alium: hoc vero facere nemo potest: ad quod probandum optime superior ratio valet, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem. Hic enim consequens est, hos se invicem obligare posse, non item alios, ad quos negotium non pertinet. At qui se promittit alteri daturum, nihilominus de se et pecunia sua promittit. Ad id vero prohibendum superior ratio nihil momenti habeat. Non enim ut promissor alium obli-

1) Quomodo Cuiac. in d. *L.* 38. §. 17. *de V. O.*

ligare non potuit, cum quo negotium non geritur, ita etiam non potest se obligare, ubi de seipso promittat, quantumvis ita promittat stipulatori, ut alii obligetur. Suam enim conditionem quisque deteriorem paciscendo facere potest: *L. pactum, sup. de pac.* aliorum non item. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Itaque ista ratione in hac re, de qua quærimus, non Ulpianum hoc loco, non quenquam alium veterum iuris auctorum usos videmus. Et sane si verum amamus, cum quæritur, cur alteri stipulari non possimus, aut cur inventæ sint stipulationes solum ut sibi quisque acquirat; quid est omnium, quod minus responderi debuerit, quam id eo fieri, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem? Etenim cum dicimus negotium, quod inter aliquos geritur, alteri geri non posse, quid aliud dicimus, quam cum dicimus, stipulationem, quæ inter aliquos contrahitur, alteri contrahi et acquiri non posse? Ergo pro ratione afferimus idipsum, de quo quærebatur: vitiosissimum et stultissimum probandi et respondendi genus. Quod si placet hanc rationem diversam esse a propositione; tamen qualis est hæc ratio, ideo non posse nos alteri stipulari, quia negotium geritur inter stipulantem et promittentem? An quia negotium geritur inter aliquos, ideo id geri alteri, et inde alteri acquiri nihil potest? id quam verum sit, iisdem illis exemplis solutionis, et possessionis, quibus ante usi sumus, intelligi potest. Cum quis solvit pro alio, non inter alios geritur hoc negotium, quam inter eum, qui solvit, et creditorem: et tamen nihilominus recte solvitur alterius nomine; unde et liberatio debitori acquiritur. Quid possessionis acquirendæ negotium, nonne geritur inter eum, qui possessionem tradit, et eum, qui accipit? Et tamen si hic constituat alterius nomine possidere, eam illi statim acquirit. Tum autem nulla æquitatis ratio patitur, ut quod inter aliquos geritur, nihil inde alteri acquiri possit tantum ideo, quia cum alio geritur, quam cum eo, cui acquisitum volumus, ut sic hominibus interdicatur facultate de aliis bene merendi, eosque beneficio afficiendi. Postremo ut cætera admittantur; tamen quid ad superiora illa, quæ obiiciebantur, expedienda hæc ratio pertinet? Imo vero eiusmodi est, quæ non tantum in easdem illas reprehensiones in speciem incurrat, sed ita incurrat, ut ab illis re vera conficiatur. Tantum igitur abest, ut hac ratione contentos nos in proposito esse oporteat, ut omnibus suadendum sit potius, ne omnino in hac re ea utantur, qua uti non liceat, quin aut in tam aliena ludere, aut in tam falsa prævaricari, et ipsam sententiam iuris, quæ per se vera videri poterat, prodere voluisse existimemur. † Nihil est ratione Ulpiani verius, nihil melius, si modo explicetur. Quapropter hanc tenebimus, et in his diluendis, quæ contra dicebantur, sine præiudicio superioris istius rationis, ut cœpimus, iam pergemus. Et falsum, et iniquum est, inquimus, non licere hominibus alteri acquirere, quo eius conditionem meliorem faciant, quamvis eorum qui acquirunt, nihil amplius intersit, quam ut beneficium in alium conferant. Accipe breviter, quid respondeam. Non dico id in aliis rebus recte constitui, in stipulationibus non item: nam in quibus par sit beneficii et humanitatis ratio, in his diversum ius constitui non debere concedo. Non dico cæteras res ut possessionem, et liberationem natura sua aliis posse acquiri; stipulationis autem et obligationis naturam non pati, ut ab uno alii acquiri possint. Ut stipulatio res facti est, ita et possessio. Quod si alterius nomine possessionem fundi ingressi possessionem illi acquirimus, quasi ipse ingressus esset; quid est, cur nobis illius nomine stipulantibus illi non acquiratur stipulatio, quasi ipse esset stipulatus? Si rem spectemus, plane nihil est. Stipulatio non est res, quæ ab una persona in alterum transferatur. Ne possessio quidem, quæ tamen per alios, qui se constituant nostro nomine possidere, nobis acquiritur. Ut obligatio res est, quæ per se non subsistit in rerum natura, consistit tamen iure; ita et liberatio. Non est igitur in natura istarum rerum, cur ei, pro quo solvimus, ius velit liberationem contingere potius, quam ei cui stipulati sumus, velit acquiri obligationem. Quod si natura sua alii stipulatio et obligatio acquiri non potest, etiam servus frustra stipulabitur domino et testator heredi, et tutor pupillo. Concedo in omnibus rebus esse iniquum non licere alterius conditionem meliorem facere, et quatenus id fiat, non licere alteri acquirere. Ad regulam propositam, et rationem Ulpiani pertinere nego. De stipulationibus et obligationibus agitur. Alteri stipulari et obligationem acquirere qui vetat, alterius conditionem meliorem facere non vetat sed vetat facere deteriorem. Animadverti enim debet sic esse naturam stipulationis et obligationis omnis, ut si res utiliter geritur, quemadmodum uni obligatio acquiritur, sic et obligetur alter, nimirum qui promittit: quo facto ille one-

tatur et premitur. Hinc enim necessitas rei promissæ præstandæ: hinc adversus illum actio, qua in ius vocari potest, et iudicio vexari: nec prius vexandi finis, quam ille actori satisfaciat. Hoc modo quemquam promissorem onerare, ubi eum non obligemus nobis, sed alteri, id vero est, quod in superiore regula et similibus ius non concedit. Alteri stipulari non possumus: non quia stipulemur alteri, inquam, et illi consultum velimus, nec nostra intersit id fieri; quod esset iniquum: sed quia hoc facto promissorem obligare velimus alteri sine ullo commodo nostro; quod ius non permittit. Hoc vero nihil fieri potuit æquius, estque omnino ex eadem lege, et æquitate naturæ. *Naturalis et civilis*, inquit Caius, *ratio suadet alienam conditionem meliorem facere nos posse*; *deteriorem non posse*. d. L. solvendo, *de neg. gest.* Sed hic occurrebatur. Nam et cum nobis stipulamur, sic nobis acquirimus obligationem; ut nihilominus obligemus promissorem, eumque eo facto oneremus. Cur ergo nobis permittitur stipulari potius? Quia summa caussa est, cur id fiat. Sic enim nobis cavemus, sic nobis acquirimus, quod nostra interest. Si ius vigilantibus scriptum est, ut auctor est Scævola in *L. pen. in fin. supr. quæ in frau. cred.* hoc omnibus concedi debuit, ut sibi cavere liceret; quinimo stipulationum omnium, et omnium contractuum nullus omnino usus esse potest, si hunc sustuleris. At alteri stipulando nobis nec cavemus, nec acquirimus quidquam. Nulla igitur caussa, cur sine ullo commodo nostro alterum obligemus, etiamsi maxime consultum velimus alteri. Inhumanum enim hoc officium est, quod est cum alterius onere et incommodo coniunctum. Et quamvis in eadem re certent inter se hinc utilitas eius, cui quæsitum volumus, illinc incommodum alterius, quem volumus obligari: tamen vincere debet, quod est æquius, ne videlicet alter oneretur. Tolerabilius est enim beneficium in alium non conferre, quam aliquem facto tuo premere, eique nocere, ubi nihil inde ad te redeat. Nec ad rem pertinet, quod dum stipulamur alteri, promissor ei voluit hoc modo obligari. Nos enim non tam quid ille velit: quam quid stipulatori in eo obligando liceat, spectare debemus: hoc vero onus obligationis illi imponere quisquam, ubi eius nihil intersit, non potest, prohibente, ut dixi, regula naturæ. Hoc est igitur, quod Ulpianus superiore ratione intelligi voluit. *Inventæ sunt*, inquit, *stipulationes in hoc*, *ut acquirat sibi quisque*, *quod sua interest*: non addit, hoc recte constitutum esse. Sed quam sit æquum et conveniens naturæ, res ipsa ostendit, cum in stipulando de promissore obligando et onerando agatur; quod fieri est contra æquitatem et humanitatem, nisi quid in eo nobis caveamus, ut satis ostendimus. Deinde ita sumit. Nobis autem stipulando id ipsum acquirimus, quod nostra interest: alii stipulando nequaquam: nam ut alii detur, nihil nostra interest. Quo fit, ut recte constitutum sit, unumquemque sibi stipulari posse, alteri non posse. Quid est igitur, si quis nunc roget, cur liberatio, possessio, dominium, quæ supra diximus, acquirantur alii etiam per liberam personam quamlibet potius, quam stipulatio? In promptu responsio est, eo fieri, non quia hic sit, quod acquiratur tantum alteri, sed quia ita acquiratur, ut contingat sine onere et incommodo cuiusquam. Solvendo quisque pro alio eum invitum et ignorantem liberat: quia hac solutione sic liberatur debitor, ut simul consulatur creditori, qui suum recipit. Possessionem quisque alterius nomine adipiscendo, eam illi volenti acquirit, et per possessionem dominium: quia ei cui acquirit, sic consulitur, ut eum, qui tradit neque obliget in posterum, neque oneret. Is enim tradita possessione, quam debuit, sic liberatur, ut nihil sit amplius, cur eo nomine teneatur. Sed nec ei ea acquisitione vetus possessio amittitur, cum et sine ea acquisitione amissurus esset, simul atque fuisset hoc animo, ut desineret possidere. *L. quod meo*, §. *si furioso*, *supr. de acq. poss.* Atque ut possit intelligi certius istarum rerum differentiam, cum de acquirendo agitur, hanc rationem habere, quam dico, quia quarundam acquisitio cum alterius onere coniuncta sit, aliarum non sit; sumamus liberationes duas genere et effectu quam simillimas, et prope easdem, eam nimirum, quæ solutione contingit, et eam quæ fit pacto; ac quid de his constitutum sit, consideremus. Si quis pro debitore creditori solvit, debitorem, ut dixi, ipso iure liberat non tantum volentem, sed etiam ignorantem, atque adeo invitum. *d. L. solvendo*, *de neg. gest.* L. *solutione*, *L. solvere*, *infr. de sol.* At si quis paciscatur a creditore, ne a Titio debitore suo petat, debitorem non liberat ne per exceptionem quidem, omninoque inutiliter paciscitur, nisi eius intersit. *L. et heredi*, §. *ult. L. fideiussores. tota*, *supr. de pact.* Atqui si debitor ipse pacisceretur, ne a se petatur, non minus hoc pacto liberaretur iure prætorio, quam solutione. *L. 5. C. de pact.* haberet enim exce-

ceptionem. §. *præterea*, *Inst. de except.* nihil autem interest, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *L. nihil interest*, *infr. de reg. iur.* Cur ergo extraneus solvendo pro debitore liberationem ei acquirit; idem illi paciscendo non acquirit, cum pactum si per se spectetur, idem efficiat, et tam facile sit iure debitori exceptionem ex alieno pacto dare ad eum tuendum, quam ex aliena solutione tribuere ei et tueri plenam liberationem? Si ad supra scriptam naturæ regulam rem expendemus, reperiemus ideo fieri, quia solutio extranei, si debitorem liberet, sic illi consulat, ut prosit etiam creditori, qui et suum consequitur: at pactio extranei si eum liberet, eveniat ut consulat quidem debitori, sed lædat creditorem, cui hoc officio actio sua auferetur. Hoc facere paciscendo non magis nobis concedi debuit, quam in stipulatione ut, stipulando alterum obligare, et novum onus ei imponere, quod alteri tradatur, possi-
6 mus. † Scio scriptum esse in *L. ea quæ*, *supr de acq. rer. dom.* quæ civiliter acquiruntur, ea per alios, qui in potestate nostra non sunt, nobis non acquiri, veluti stipulationem: quæ naturaliter, acquiri, veluti possessionem. Sed [2] errat mea sententia, si quis putat stipulationem, aut exceptionem quæ civiliter acquiruntur, idest, sine apprehensione naturali, ideo solum non acquiri alteri per alios, quia civiliter acquirantur; cum si nihil amplius versetur in re aliqua, quam rei aquisitio, non minus civilis ratio suadeat alterius conditionem meliorem facere, quam naturalis, ut traditum est in *d. L. solvendo*, *de neg. gest.* Et certe absurdum sit, si quis interrogatus, quamobrem ea, quæ sunt civilis acquisitionis, alteri non acquirantur, respondeat, quia sunt civilis acquisitionis, idem nimirum id, de quo quærebatur. Ergo non acquiruntur quidem ista alteri, quæ acquiruntur civiliter, ut stipulatio, pactio, obligatio, exceptio: sed cur, cum civiliter acquirantur, non acquirantur alteri, ut ea quæ acquiruntur naturaliter, amplius quærimus. Hic non alia differentiæ ratio idonea reperietur, quam ea, quam ante posuimus, quod non debeat nobis licere stipulando, aut paciscendo alterum onerare quamvis consentientem, si nostra non intersit. Hæc cum ex natura petita sit, ut docuimus, ei acquiescere debemus.

Hinc recte efficit Ulpianus, nos alteri stipulari non posse; quia, inquit, *ut alii detur*, *nostra nihil interest.* † Et hoc quo- 7
que, quod sumit, verissimum est, si modo eius, quod interest, verbo intelligamus, quod pecuniariter interest. Quod facere debemus: primum quia Paulus hoc idem sic alibi interpretatur. *L. fideiussores*, *supr. de pact.* Deinde quia verbum proprie id significat; sic enim definitur, id quod lucrari et consequi potuimus. *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* id autem consequi intelligimur, quod in patrimonium pecuniamque nostram convertitur. Postremo quod regula ipsa de eo, quod interest, acquirendo ab Ulpiano concepta est: *ut acquirat*, *sibi quisque*, inquit, *quod sua interest*, non acquiritur nobis, ut dixi, nisi quod pecuniam nostram et patrimonium augeat. Itaque nihil adversatur, quod dicitur, interesse hominis hominem beneficio affici. Sic enim dicitur interesse nostra abusive, quia ex affectione tantum interest, quoniam forte alii tribui magno æstimemus, cæterum hoc non tanti est re vera, ut declaratur in dicta L. *servus ea*, *de ser. exp.* Et ut secundum significationem propriam verbi ea sententia nihil huc pertinet, ita multo minus æquum est propter hanc affectionem nostram nobis concedi, ut obligationem alii acquiramus. Nam si ita affecti esse debemus, ut alium augeamus, et huius affectionis propter humanitatem ratio habenda est: multo magis ita nos affectos esse convenit, ne opera nostra alium oneremus, eique detrahamus, ubi id ad cautionem nostram nihil pertineat. Non est verum, quod dicitur, si alteri stipulati simus, et ei solvatur, posse nos ab eo repetere, ut sic videatur hic quoque nostra interesse illi dari. Id enim tunc possemus facere, cum prius nobis ex stipulatione debitum fuisset, ac deinde alii esset solutum: ut cum stipulatus sum mihi, aut Titio; deinde Titio solvitur. dict. §. *plane*, *Inst. de inut. stip.* Sic enim meum est, quod solvitur, si quia ad alium pervenit, dum ille gerit negotium meum, ideo aut mandati, aut negotiorum gestorum actione ab eo repeti potest. Diversum est, si solvatur alteri, quod ipsi debeatur, non mihi: ut fieret, si stipulante me alteri, illi actio acquireretur: quod enim ille suum recipit, iniquum est ei invito auferri; nec vero ut ad me revocem, ulla est actio. Constet hoc iam igitur bene,

2) Gifan. *ad L.* 11. *de O. et A. n.* 3. *Vasq.* 3. *usu freq.* 58. *n.* 14. quia obligatio non acquiritur per actum naturalem, ut possessio. Et imo hanc rationem reddit ipse Donel. ad *L.* 1. *C. Per quas pers. n.* 15. *et seqq.* ubi *n.* 17. civiliter acquiri quæ apprehendi non possunt, sed in iure et intellectu consistunt, ut est obligatio. Ac eodem tendit noster *supr. Lib.* 9. *C.* 7. Quæ ratio cum in ipsa *L.* 53. *de acq. do.* habeatur, dextre accepta conveniens est.

ne, et aliis partibus iuris convenientissime esse constitutum alteri stipulari neminem posse.

Sunt tamen et huius regulæ quædam ex-
8 ceptiones: sed quæ sint, quæritur. † Hoc quidem loco, item et in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* excipiuntur servus, et filiusfam. quorum ille stipulando domino, hic patri acquirit. Sed soli hi his locis excipiuntur, nulli prætcrea. Itaque an et aliis liceat alteri stipulari, et ei stipulando seu paciscendo acquirere, quæsitum est, ut dixi. Cui quæstioni ansam dederunt loci alii, quibus hoc idem aliis tributum videtur. Si vulgo interpretum credimus, non modo liberis hominibus, et plane extraneis id licet, sed etiam innumeris prope in caussis facere permissum est, ut tot declarant exceptiones, quæ sunt ab Accursio et aliis cum hoc loco, tum in §. *si quis alii*, *Inst. de inut. stip.* et similibus collectæ. Quæ si veræ sunt, in multas difficultates incidimus. Quæremus enim, quomodo conveniat aliis etiam extraneis tam multis in caussis concedere stipulari alteri, et ei actionem acquirere, ubi videamus duos istos tantum, quos dixi, nominatim exceptos a veteribus servum, et qui servorum loco habentur, tum filiumfam. Nam qui hos tantum excepit, is haud dubie regulam confirmavit in cæteris. Ac ne putemus iuris auctoribus plures cognitos fuisse, qui alteri stipulari possent, ipsa regula, qua de his personis diligenter comprehensum est, per quas nobis acquiri non potest, ita concepta est. Per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non est, alteri obligatio quæri non potest, vel alteri quæri nihil potest, nisi possessio, et per possessionem dominium. *L. 1. C. per quas pers.* §. *ex his apparet*, *Inst. eod.* Quibus verbis solis tribuitur servis, et liberis, qui nostro iuri subiecti sunt, ut nobis acquirere possint, cæteris adimitur. Quæremus etiam in his, qui præterea excipiuntur, quomodo probandum videatur, ut non possimus stipulari quibusdam, quia alteri sint; aliis vero possimus, quos non minus a nobis alteros esse fateamur: præsertim cum constet hoc æquissime constitui in omnibus, licere alterius meliorem conditionem facere, dum alium non oneres; ubi au-
9 tem oneres, nulli licere. † Dicent, cum extraneus et liber stipulatur alteri, huic alteri directam actionem non acquiri, sed acquiri utilem. Hoc quidem est verbis legem imponere, non rebus; cum constet utriusque actionis eandem esse potestatem. *L. actio*, *supr. de neg. gest.* Sed et multis locis hæc sententia refellitur, quibus significatur in huiusmodi stipulationibus ita nihil agi, ut nec utilis actio inde alteri acquiratur: de quo postea. Quod cum ita sit, paulo diligentius, quid sit in hac parte, quam vim superior definitio habeat, et quatenus vera sit, considerandum videtur. † Ego autem in his exceptionibus a 10
vulgo interpretum longe dissentio, tantumque abest, ut putem huius regulæ tot esse exceptiones, quot illi faciunt, ut contra ita statuam, quatenus quis stipuletur alteri, non modo verum esse, quod dicitur alteri stipulari neminem posse, sed etiam esse perpetuum: si modo quis etiam tantum stipuletur alteri; et hic ipse alter, qui dicitur, vere etiam, et omni iure sit alter, ut dicitur. Id an verum sit, partibus definitionis separatim expositis, facile et sine ullo errore intelligetur. Nam cum dicimus neminem alteri stipulari posse, quoniam, id significatur, quod initio monui, si quis stipuletur alteri dari aut fieri, nihil agi, idest, stipulationem esse inutilem. *d. §. si quis alii*, *Inst. de inut. stip.* hæc ipsa oratio duas sententias complectitur. Hoc enim efficit, ut duobus pariter hæc stipulatio sit inutilis, et ei, qui stipulatus est, et ei, in quem stipulatio est collata. Harum utraque ita vera est, ut prior quidem nullam omnino exceptionem agnoscat: posterior autem agnoscat quidem in quibusdam personis, si quis naturalem verborum significationem spectet: cæterum iuris ratione et interpretatione etiam in his ipsis regula suam vim et suam sententiam retineat, quia eæ omnes personæ Iure Civili non aliæ, sed eædem habeantur. Ac prius quidem sine exceptione verum esse statuendum est, si quis alteri stipuletur, non sibi: stipulationem esse ei, qui stipulatur, ita inutilem, ut ille inde suo nomine agere non possit neque directa, neque utili actione. Quod ratione ita certa et explorata efficitur, ut ne si velimus quidem, secundum naturam stipulationis et conventionis omnis, aliter statui potuerit. Scilicet qui stipulatur alteri dari, non vult sibi; certe quidem sibi non stipulatur. Ratio reddita in *L. multum*, *C. si quis alt. vel sibi.* Maritus negotium uxoris gerens nomine eius comparavit. Empti actionem, inquiunt Imperatores, sibi non quæsivit, quia sibi noluit. Recte: non est enim emptio sine consensu. Ex quo efficitur; si quis nolit sibi emptum esse, vel verius, si ambo ex contrahentibus nolint ipsi emptum, quia non id agant, ipsi emptum esse non posse. Quod de emptione dictum est, pertinet ad omnes contractus, et ad stipulationem quoque: quoniam

et hæc, ut cæteri contractus, non perficitur nisi consensu. *L. continuus*, §. 1. *inf. eod.* Atque hoc etiam in stipulationis contractu maxime probandum videtur præter cæteros. Cum enim in hac etiam quæramus verba, ac nisi quod verbis cautum sit, nihil ex ea possit deberi: *L. quidquid, infr. eod.* natura eius nullo modo patitur, ut quod alteri tantum et verbis et consensu cautum est, id alius cui cautum non est, ab eo qui non cavit, possit petere. Atque id etiam efficitur hoc modo: Qui stipulatur alteri dari, si ipse agere velit ex ea stipulatione, necesse est, aut intendat sibi dari oportere, quod alteri cavit, aut petat, ut detur illi alteri. Sibi petere non potest, quia id stipulatione non continetur. Ut alii detur, frustra agit: quia ut ita ei detur eius nihil interest; ac nisi agentis intersit, nulla est actio, cum reo recusante non possit condemnatio iudicis esse, nisi in id quod agentis interest. *L. si quis ab alio, in princ. et si supr. de re iud.* Quod confirmatur non obscure in
11 specie *L. ex conventione*, *C. de pact.* † Itaque quod quæsitum est apud interpretes, cum quis stipulatus est alteri, an promissor obligetur si non civiliter, attamen naturaliter: quid de eo iudicandum sit ex his quæ dicta sunt, estimari potest. Volunt [3] vulgo obligari eum saltem naturaliter: nempe ex pacto et conventione, quam servari sit maxime secundum naturam. *L.* 1. *supr. de pact.* At quomodo ex pacto, ubi non est consensus? Cum eo quidem, in quem stipulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil consenserit, nihil egerit. Itaque sine dubio ei obligari non potest: eiusque rei certissimum argumentum est, quod Paulus in *L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infr. eod.* scribit de liberto, qui patrono suo dari fuerat stipulatus. Ait enim hoc ita esse inutile, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis patroni. Quo significatur, nec si patrono ex ea caussa solutum sit, tamen ei solutionem prodesse. Non fuit igitur promissor ei etiam naturaliter obligatus: alioqui solutum ab eo non repeteretur. *L. naturales*, *supr. prox. tit.* De stipulatore potest dubitari, an ei promissor ex conventione obligetur, quia inter eos aliquid actum esse, et convenisse apparet. Sed etsi inter eos consensum intervenisse verum est; tamen quod res ipsa docet, et supra effectum est, nullus hic est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio ne naturalis quidem. Ergo hoc certa ratio evincit, cum quis stipulatur alteri, non modo constituto iure, stipulanti ipsi actionem, aut obligationem non acquiri, sed nec secundum naturam et legem stipulationis et conventionis omnis ullo modo acquiri posse etiam naturalem. † Quid est igi- 12
tur, quod tam multis in caussis ei qui alteri stipulatus est, actionem dari legimus? ut hac ipsa *L.* §. *si stipuler*, *usque ad finem L. et L. seq.* Id caussæ est, quod interdum qui verbis stipulatur alteri, vi ipsa aut soli sibi, aut sibi quoque stipulari intelligitur. Ita non quia alteri stipulatur, actionem habet, sed quia sibi: quod et iure fit, et regula non prohibet; ut profecto valde stultum sit ex regula excipere, quod neque ei adversatur, neque ad eam pertinet. Interim hoc certum est, etiam tum cum quis secundum verba alteri tantum stipulatus est, neque adiecit, sibi, tamen interdum stipulationem valere ita, ut stipulanti suo nomine actio acquiratur. De quo monuerunt hoc loco veteres, ut hic ab Ulpiano, et apud Iustinianum in §. *alteri*, *et seq.* factum videmus, non quia in eo quidquam de regula exceptum vellent; sed quia id intelligi ad explicationem regulæ in primis pertinebat. Nam alioqui periculum fuit, ne quis verbis stipulationis deceptus, dum videt stipulantem verbis alteri solum stipulatum esse, non aperte sibi: putet id solum esse in re, quod verba præ se ferunt, idest, stipulatorem sibi non esse stipulatum re vera, sed tantum alteri: eoque et iuxta supra scriptam regulam dicendum esse nihil agi, seu stipulationem esse inutilem. De quo et nobis in hac parte prius dicendum est, quoniam ad vim stipulationis, et ius stipulatoris pertinet. Sic deinde hoc constituto, facilius quamobrem id placuerit, et quam id conveniat cum regula superiore, si quis vim et potestatem stipulationis recte interpretetur, intelligimus. Et in summa ita placere reperiemus, cum quis alteri stipulatus est, toties stipulanti stipulationem committi, eique eo nomine acquiri actionem, quoties dari aut fieri alteri, ipsius qui stipulatus est, interest, neque id alibi receptum esse præterea. † Observabimus 13
enim tributum hoc esse duobus stipulatorum generibus. Unum est eorum, qui stipulantur iis, quos in potestate habent: alterum eorum, qui ad utilitatem aliquam et cautionem suam stipulantur extraneo. Si quis ei stipuletur,

3) De quo vid. *not. supr. lib. XII. Civil. Comment. Cap.* 16. *N.* 1. *C. præced. N.* 1.

tur, quem in potestate habet, sibi eum acquirere placet: puta, si dominus servo, pater filiofamil. stipuletur. *L. dominus*, *seq.* §. *si vero*, *Inst. de inutil. stip.* At quamobrem? Nempe quod ex his stipulationibus ita servo aut filio dari et domini et patris interest: siquidem datum servo necesse esset domino acquiri ita, ut nec momento maneret penes servum, qui suum habere nihil potest. §. *item vobis*, *Instit. per quas pers. L. placet*, *supr. de. acq. her.* et quod quæsitum esset filio, itidem acquireretur et patri. §. 1. *Inst. per quas. pers. L.* 1. *supr. si a pa. quis fuer. ma.* ut perspicuum sit in his et patrem et dominum nihil, nisi quod suum sit, aut sibi acquiratur, id est, quod sua interest,
14 stipulari. † Una autem hac in re positam esse istius acquisitionis caussam, quod hic stipulentur dominus paterve, quod datum ad ipsos necessario redeat, idest, quod sua interest, non autem in coniunctione aliqua personarum, quasi patris et filii, domini et servi eadem persona, vox eadem per omnia haberi debeat, ut significari quis existimet in §. *ei vero*, *et* §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Argumento erit, quod si pater filio, dominus servo stipuletur, quod consistat in persona filii aut servi, neque ad dominum aut patrem redeat, placet non minus inutilem esse stipulationem, quam si cuivis
15 stipulati essent quam maxime extraneo. † Hinc duæ species stipulationum in hoc genere improbatæ. Primum si pater stipuletur factum, quod conferatur in persona tantum filii, ut ita persona eius non egrediatur, veluti aut tenere ei, vel ire agere liceat. *L. quod dicitur*, 130. *infr. eod.* Quod et in persona domini idem servo suo stipulantis eadem ratione admittendum est, arg. §. *sed cum factum*, *Inst. de sti. ser.* Deinde si stipuletur quidem pater filio id quod iuris sit, sed quod leges patri per filium acquiri non permittunt. *d. L. dominus*, *seq. et d.* §. *ei vero*, *Inst. de inut. sti.* Cuius generis, est, si quid pater stipuletur filio ex caussa castrensis, aut adventicii peculii, quod patri nullo modo acquiratur. Nam si filio stipuletur pater, quod sit peculii adventicii, cuius. ususfructus acquiratur patri, sine dubio pater usque ad quantitatem ususfructus actionem habebit, quia hactenus eius interest. Ergo istarum rerum, quas dixi, stipulatio est inutilis, quia id stipulatur pater filio, quod filio præstari patris nihil interest, quoniam a filio
16 ad patrem non rediret: † ut appareat, quod dixi, quod placet, dominum servo stipulando, patrem stipulando filio, ambos sibi acquirere: in eo non personarum coniunctionis, sed eius commodi, quod per istos patri, dominove acquireretur, idest, eius quod istorum interest, habitam esse rationem. Dicitur quidem patris et filii, domini et servi eadem persona esse, vox eadem. Sed observetur id solum dici cum hac adiectione, cum per servum domino, per filium patri acquiritur. *d.* §. *ei vero.* Ita semper, quod pater filio, dominus servo stipulando sibi acquirunt, prima in eo caussa est, quod commodi sui caussa stipulantur, seu id quod sua interest. Quod si quis stipuletur extraneo ita, ut placeat ipsi stipulanti stipulationem committi; iam hic aperte traditur id tum fieri, cum alteri dari stipulantis interest. §. *sed et si quis stipuletur*, *Inst. de inut. stip.* totque in exemplis id dicitur, quot huius partis declarandæ caussa colliguntur ab Ulpiano in §. *si stipuler*, *et deinceps*, *infr. ead. L.* Etsi autem ex exemplis superiorum locorum satis intelligitur sæpe accidere, ut cum alteri stipulati sumus, nostra intersit alteri dari: tamen ne eorum ipsorum exemplorum ratio sit obscura, qua ex re fiat, ut vel in illis exemplis tantum consistamus, vel alia quærentes, incertitudine rerum similium laboremus:
† animadvertendum est duobus modis contingere, ut nostra intersit dari alteri, cui 17
stipulati sumus, totidemque ad genera superiora exempla et similia omnia recte referri; si aut is cui aliquid stipulati sumus, nobis de ea re reddenda sit obligatus, ut sic res postea ad nos redeat, veluti si stipulemur procuratori nostro, tutori, curatori; aut si nos ipsi de ea re illi alteri præstanda iam ante obligati simus. Sic enim fit, ut nisi promissor pro nobis illi præstet, quod debuimus, nos in pœnam eo nomine constitutam, aut in id saltem quod eius interest, incidamus, neve etiam illo agente dum aliunde satisfacere non licet, bonorum distractionem patiamur: quæ damna effugere perspicue nostra interest. Prior species exemplo procuratoris, cui stipulati sumus, indicatur in *d.* §. *sed etsi*, *vers. ergo*, *et hac L. in* §. *si quis insulam*: cætera exempla ad alteram speciem pertinent. In summa autem res huc redit, ut cum quis stipulatus est alteri, nunquam ex huiusmodi stipulationibus actio stipulanti acquiratur, nisi cum alteri dari stipulantis interest. Quo cognito iam non difficile intellectu erit, nihil hic regulæ propositæ adversari, quasi hic dicatur stipulatio valere ei, qui alteri sit stipulatus. † Quisquis stipulatur quod sua in- 18
terest, seu id in quo continetur id, quod eius interest, quatenus id facit, is utique sibi stipulari intelligitur, non alteri. Id enim sic intelligi necesse est, si sibi potest, et vult stipulari; alteri autem nec vult, nec potest. Pos-

Posse eum sibi stipulari stultum est monere, cum in hoc solum inventæ sint stipulationes, ut acquirat sibi quisque quod sua interest: velle autem eum ex eo apparet, quod stipulatur hoc ipsum, quod sua interest. Quorsum enim id stipulari, nisi ut acquirat? et cui acquirere id potest, nisi sibi? Nam alteri si quid quæri posset, id solum esset, quod esset eius, non etiam quod stipulantis: quod ipsi esset utile, non quod stipulanti: quoniam quod unius est, id ad alterum nullo modo possit ne natura quidem pertinere. Vult igitur sibi acquirere, qui stipulatur quod sua interest: et quia vult, idcirco et sibi stipulari intelligitur, quoniam ex stipulatione aliter sibi acquirere non potest. Nisi forte quis dicat, ideo eum non velle id stipulari sibi, atque adeo id eum non facere, quia nominatim stipuletur alteri. Sed videndum est, quid hic stipuletur alteri. Nam in eo quod alteri stipulatur, duorum utilitas versari potest, stipulantis, et eius, cui stipulatur. Itaque dicatur sane alteri stipulari utilitatem, quæ eius est, et ad eum potest pervenire natura: suam vero nulli alii plane stipulatur, quam sibi: quia nec potest alii acquiri, eoque nec vult acquiri, ne frustra sit stipulatus. Plus dicimus, etsi stipulator hoc ipsum quod sua interest, alteri stipulari vellet: non tamen ideo efficeretur eum sibi non stipulari. Imo ideo sibi stipulari intelligitur, quia stipulatur alteri quod sua interest. Sic enim futurum est, ut dum alteri dabitur, eius facti utilitas ad eum, qui stipulatus est, redeat. At enim alteri stipulando non adiecit, sibi; ut quamvis forte possit et velit sibi stipulari, tamen ideo ei non acquiratur, quia verbis sibi non sit stipulatus. arg. *L. quidquid*, *infr. eod.* Sed receptum est non eo minus stipulationem valere, et stipulanti acquiri, quamvis quis impersonaliter sit stipulatus, §. *si quis ita*, *supr. ead. L.* Et recte: huius enim persona satis natura rei et stipulationis continetur, cum si quid præstari oporteat, necesse sit id stipulanti acquiri, quoniam alteri ex stipulatione acquiri non potest. Sed et ex fine stipulationum id satis intelligitur. Cum enim inventæ sint stipulationes ad hoc, ut sibi quisque acquirat, quod sua interest, apparet unumquemque qui stipulatur, qui modo intelligat quid agat, stipulationem ad hunc finem referre. Illud quidem omnino tenebimus, nunquam ei qui alteri stipulatus est, actionem suo nomine acquiri, quatenus stipulatus est alteri. Nam eatenus semper inutilis est stipulatio, ut vel hinc quoque consequens sit, si actio inde stipulanti acquiritur, ipsum sibi stipulatum videri; quia nisi alicui stipulatus sit, stipulatio nullius sit momenti. Quo constituto redeo ad illud, quod supra posui. Cum ei, qui stipulatur alteri, quod fieri ipsius interest, stipulationem valere, et committi dicimus, nihil contrarium dici illi regulæ, qua efficitur neminem alteri stipulari posse, ut non potuerit hæc species ab ea regula nisi ineptissime excipi, et ab his, qui quid in utroque genere diceretur, non satis intelligerent. Et tamen ne propter generalitatem verborum regula ad hanc quoque speciem pertinere putaretur, quod videri potuit: recte a veteribus factum est, ut in explicatione huius regulæ de hac specie præciperetur, non quam exciperent a regula, sed quam ad regulam non pertinere admonerent. Nam et de pœna a stipulatore adiicenda eodem loco cavent: et tamen satis constat de eo agi, qui iubeatur pœnam stipulari sibi, non alteri. Sed ideo de ea dicunt, quia ad explicationem regulæ pertinebat.

Ac de eo, qui stipulatus est alteri, dictum est, de eo in quem stipulatio confertur, videamus. † Et non minus illud 19
verum est, cum alteri stipulati sumus, etiam ei, cui sumus stipulati, si modo vere alter sit, inutilem esse stipulationem: necesse est enim ei esse inutilem; si inde ei non acquiritur actio. Nunc autem extranea persona alteri, qui plane et iure alter habeatur, iure obligationem et actionem acquirere non potest. L. *si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infr. eod.* L. *multum. in fi. C. si quis alt. vel sibi.* Idque cum efficiatur ex illa æquitatis et naturæ regula, quam initio exposuimus: fatendum est, quandiu is cui stipulamur, et natura et iure alter habebitur; tandiu contra naturæ ius et æquitatem esse, ac non tantum contra Ius Civile, ut alteri per alterum obligatio acquiratur. Itaque ius ad omnes contractus et conventiones pertinet, ut initio dixi. Hinc illa: neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine agat, possumus. *L. quæcumque gerimus*, *supra prox. tit.* Item, nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. *L. quo tutela*, §. *ult. infr. de reg. iur.* † Sed quædam personæ excipiun- 20
tur, ut dixi: nempe dum naturalem significationem sequimur, et alterius nomine intelligimus eum, qui natura alter sit, non etiam iuris efficientia et interpretatione. Sed ut intelligere liceat nihil in eo adversus regulam fieri, si quis rem et sententiam, non verba eius sequatur; observabimus id solum rece-

ceptum esse in his, qui ita sunt alii natura, ut tamen quod ad rationem iuris attinet, pro eadem persona habeantur: qua ex re fiat, ut dum quis his stipulabitur, intelligatur non stipulari alii, sed sibi. In quo perspicue mens et sententia regulæ retinetur. Sic ergo statuatur: Quibus de caussis fit, ut quis eadem persona cum eo cui stipulatur, esse intelligatur, iisdem modis accidit, ut ei stipulando, etiam ei acqui-
21 rat. † Ut autem intelligatur stipulator eadem esse persona, tria efficiunt; potestas, successio, et auctoritas administrationis in rebus alienis iure constituta. Potestas est in servis, et filiisfamilias. Successio in heredibus, et similibus universi iuris successoribus. Auctoritas administrationis in tutoribus, curatoribus, actoribus civitatis, et universitatis cuiusque, in procuratore militis, tum et in Magistratibus, quibus iniungitur iure, ut satisdationem a tutoribus et curatoribus exigant. Potestas facit, ut filius patris, servus domini pars quædam esse intelligantur, ut quod ipsi ferunt, id quodammodo pater et dominus ferre videantur, quod eorum commodo cedat. Hereditas hoc efficit, ut heres in ius omne et locum defuncti succedat. *L. quædam, supr. de eden.* unde et heres dicitur eadem esse persona cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præst.* Administratio rerum alienarum quibus iure publico tribuitur, his ita tribuitur, ut lex eos dominorum loco habeat, dum rem domini gerunt: quales sunt tutores et curatores. L. *tutor qui tutelam, supr. de ad. tuto.* L. *qui fundum*, §. *si tutor*,
22 *supr. pro empt.* † Ita totidem sunt genera eorum, qui alteri stipulando salva recta acquirendi ratione ei acquirant, nempe tria. Primum est eorum, qui sunt in aliena potestate. Hi sunt servi, et qui servorum loco habentur, item filiifamilias. Servus domino stipulando domino acquirit, item et filius patri, ut hic scriptum est. Et §.
23 *si quis alii, Inst. de inut. stip.* † Cur hi potius, quam quivis alii extranei, cum non minus dominus a servo, pater a filio alter sit, natura ita distinctus, ut nec servus esse possit dominus, nec filius pater, aut contra? An quod si quid servo acquiratur natura, id iure penes servum consistere non potest, sed statim a servo ad dominum redit, eademque in filiofamilias stipulante ratio est? Sed huic rationi in proposito locus esse non potest, ubi servus non stipulatur sibi, ut quis dicat obligationem ipsi quæsitam, per eum ad dominum transire: sed recta stipulatur domino, ubi certum est nec stipulationem nec obligationem ullam in persona stipulantis servi posse consistere etiam natura, cum id non agatur, ut ei quisquam obligetur: ut consequens sit, si quid hic domino acquiratur: ipsum sibi stipulatum videri debere, ut sic obligatio, quæ a persona eius incipit, ipsi quoque per ipsum quæsita intelligatur. Et certe ita traditur, quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo haberi, ac si ipse (intellige, cuius in potestate est) esset stipulatus. *L. quodcunque*, 45. *infr. eod.* At quomodo ipse stipulatus, ubi alium stipulatum esse constat? Nisi tamen qui stipulatus est, eadem persona habeatur. Et vero ita habetur: hæc enim ratio est, quæ in hoc genere toties legitur apud Iustinianum, filii vocem tanquam vocem patris intelligi, et, qui in alterius potestate est, patris vel domini voce loqui videri: ut fieret videlicet, si eadem esset persona. §. *ei vero*, *et* §. *post mortem*, *Institut. de inutil. stip.* † Sed cur 24
isti cum patre dominove eadem persona esse existimantur potius, quam alii quivis, qui officii caussa istis stipulentur, cum natura pariter omnes homines distinxerit? Id facit potestas, inquam, qua servi et filiifamil. tenentur: hæc enim sic istos iuri domini et patris subiicit; ut quodammodo pars fiant domini patrisve, qua domino aut patri consulatur. Hac de caussa quidquid servus stipulabitur domino, id domino acquiret, et quidquid patri stipulabitur filius, id acquiret patri, etiam si stipuletur id, quod in personam suam conferre non potest. *L. quod dicitur.* 130. *infra eod.* Acquireretur enim his, si ipsi sibi stipulati essent, nunc autem perinde id accipitur. dicta *L. quodcunque*, *infra.* † 25
Quibus consequens est, ut quacunque ex caussa, et quocunque ex genere peculii filius stipuletur patri, id patri acquirat. Itaque etsi ex caussa peculii castrensis profectum, veluti ex pecunia castrensi emptum patri dari fuerit stipulatus, nihilominus eius rei obligatio, et emolumentum patri acquiretur: quamvis si in personam filii concepta esset stipulatio, aut alioqui eius nomine res empta, et tradita, soli acquireretur filio, non patri. §. 1. *Instit. pes quas pers. L. cum oportet, Cod. da bo. quæ lib.* Quippe acquireretur stipulatio patri isto modo, si ipse sibi stipulatus esset, quod nunc factum videri volumus. Neque vero cum ex ea stipulatione, qua pater stipulatus esset sibi, aliquid ei acquisitum esset, inde quidquam a patre rediret ad filium, idest, nec proprietas rei illi quæsitæ, nec ususfructus. Non enim ut per filium patri acquiri potest, ita receptum est per pa-

trem

trem quæri filio. Acquirit patri filius, quia in eius potestate est: at non est in potestate filii pater. Ergo et tunc idem probandum erit, cum filius quacunque ex caussa stipulatus erit patri, et patri ex ea stipulatione erit rem consecutus. Erit igitur, ut dixi, eius stipalationis obligatio et emolumentum in solidum patris. Quidni, cum etsi quid filius de eo, quod ipsi iam quæsitum esset, et eius esset proprium, contulisset in patrem, id proprium, efficeretur patris? Sic filius dominus est castrensis peculii, ut tanquam dominus possit de eo pro arbitrio statuere. *Instit. quibus non est per. fac. test. in pr.* quod si id in quemvis extraneum conferre potest, multo magis poterit in patrem. De adventiciis etiam, in quibus ususfructus acquiratur patri, potest statuere ut vult, volente patre. *L. ult.* §. *filiis*, *C. de bo. quæ lib.* quanto magis hæc, aut si quid ad eorum caussam pertineat, poterit volenti patri acquirere? Postremo quod res filii est, aut esse potest, si suo nomine quæsitam vellet, non facit, ut propterea patri eam rem stipulatus stipulationem illi acquirere non debeat. Imo hac de caussa tanto magis acquiret. Nam qui alienarum rerum, et ad se nihil pertinentium stipulationem acquirere potest patri, multo magis suarum, aut ad ius suum pertinentium acquirere poterit ei stipulando. Non abs re est,
26 quod pluribus urgeo hanc sententiam. † Nam ut verba sunt §. *ei vero*, *Instit. de inutil. stip.* item *titu. per quas pers. nob. ob. ac. in princip.* contrarium in his locis scriptum videri potest: quem scopulum, moniti, et in superiore sententia certius confirmati facilius vitare possumus. Sic ergo in §. *ei vero*, traditur, ut patris vox tanquam filii sit intelligitur, dum pater stipulatur filio; sic filii patri stipulantis vocem tanquam patris intelligi, sed in his rebus, quæ patri acquiri possunt. Filii vox tunc patris vox intelligitur, cum filio stipulante patri acquiritur, ut sic perinde sit, quasi pater ipse esset stipulatus. *L. quodcunque*, *infra.* Id cum velit Iustinianus tunc solum recipi, cum agitur de iis rebus, quæ patri acquiri possunt: aperte declarat in his rebus, quæ illi acquiri non possunt, patri per filium stipulationem seu obligationem non acquiri. Quibus verbis effici quis putet, cum filius ex caussa peculii castrensis stipulatur patri, ei nihil inde acquiri, quia hoc loco peculium proprium sit filiorumfamil. nec patri acquiratur. Similiter etsi stipuletur patri ex caussa adventicii peculii, sic ex ea caussa acquiri actionem patri, quam ille suo nomine exerceat: ut tamen cum inde rem fuerit consecutus, eius proprietas esse incipiat filii, ususfructus patris. Et certe putaremus id ita esse, nisi superioribus rationibus edocti certo statueremus, cum filius stipulatur patri, ipsum ex omni caussa patri acquirere in totum, non sibi. Huic autem sententiæ non modo non adversatur superius dictum Iustiniani, sed etiam maxime eam statuit. Nam si dum filius stipulatur patri, stipulatio ex his rebus est, quæ patri acquiruntur; vel auctore ipso Iustiniano dicendum est, vocem filii in hoc genere stipulationis tanquam vocem patris intelligi debere, ut perinde res habeatur, quasi pater ipse esset stipulatus. Neque eo minus verum erit non semper vocem filii stipulantis pro voce patris haberi, ut puta in his, quæ patri non acquiruntur. Non enim semper filius patri stiplatur, sed ut plurimum sibi: quod cum fit, tum vere hæc distinctio adhibebitur, ut dicamus, eum ex hac re obligationem acquirere patri, si stipulatio sit de his rebus, quæ patri acquiri possunt, non aliter. Itaque si stipulatio de castrensibus bonis interposita sit, hæc filii erit propria, qui et sibi quæsitum voluit, dum stipulatur sibi; et sibi potuit quærere, quia esset stipulatio de peculio castrensi, quod iure non ad patrem, sed ad filium pertinet. Sin stipulatio sit de bonis adventiciis, huius quidem actio dabitur patri, quam ille in solidum ex voluntate filii exerceat; sed ita, ut quod inde consecutus erit pater, eius ususfructus ei acquiratur, proprietas filio; atque ita fiat, ut in huiusmodi stipulationibus vox filii tanquam vox patris intelligatur, sed usque ad usumfructum dumtaxat. *L. ult.* §. *ubi autem*, *Cod. de bo. quæ lib.* † in titulo autem, 27
per quas pers. nob. ob. ac in princip. ita scriptum est: *quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et ususfructus, quam nostra decrevit constitutio; ut quod ab actione commodum proveniat, huius usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente.* Infinite de eo, quod ex obligatione fuerit acquisitum, initio hæc scripta sunt; neque distinguitur, qua ex obligatione fuerit quæsitum, aut cui: quibus verbis, si modo hæc tantum spectaremus, negari non potest, etiam quod filius patri stipulatus sit, contineri. Sed sequentia consulenda sunt: ex his qua de obligatione, et quomodo concepta Iustinianus sentiat, liquebit. Loquitur de ea obligatione, ex

ex qua quod acquisitum est, vult dividi inter patrem et filium, ut filio proprietas, patri ususfructus acquiratur. Loquitur de ea, ex qua si quæ sunt actiones, statuit, ut pater eas moveat, et quidem ex consensu filii, quoniam hic ubique ad novam constitutionem suam nos revocat: id autem de consensu filii, quod dixi ea constitutione cautum est. *L. ult.* §. *ubi*, *C. de bo. quæ lib.* Hæc omnia liquido probant suprascripto in loco agi de eo, quod de bonis non paternis stipulatus est filius, aut aliter contraxit; sed sibi, et suo nomine, non patri. Nam si quid patri sit stipulatus, quomodo tandem filio inde proprietas acquiratur? fieri non potest. Aut enim ei per ipsum acquiri volumus, aut per patrem. Per se sibi non acquiret, ut qui noluerit sibi: denique ut qui sibi stipulatus non sit. *L. si genero*, *C. de iur. do.* Sed nec ei datum est, aut datum eius nomine, ut quis dicat patrem ei possessionem acquirere posse et per hanc dominium. *L. ea quæ*, *supra*, *de acq. rerum do.* Per patrem acquiri ei nullo modo potest. Nam ut paulo ante diximus, non ut filius acquirit patri, ita recipiendum est, ut pater acquirat filio: quippe qui non sit in filii potestate, ut quod eius factum sit, id citra voluntatem et traditionem eius ipso iure ad filium transeat. Necesse est igitur, si ex obligatione a filio contracta proprietatem rei inde paratæ acquiri volumus, hoc de ea obligatione intelligi, quam ipse sibi contraxerit, et suo nomine: ut isto modo et obligatio et rei inde quæsitæ proprietas ei per ipsum acquiratur. Iam quid sibi vult, quod Iustinianus statuit, ut in huiusmodi obligationibus cum filio contractis pater actiones moveat? frustra hoc cavetur et ridicule, si intelligamus filium stipulatum esse patri: Nam cui alii ex ea stipulatione acquireretur actio, quam patri, in quem stipulatio collata est? non enim verendum fuit, ne quis putaret ex ea caussa filium agere posse, cum sibi actionem quærere noluerit. *L. multum*, *C. si quis alt. vel sibi.* Postremo hic iubetur pater movere actiones ex consensu filii: quomodo ex filii consensu, nisi actio quoque sit filii? non enim ob aliam caussam constitutum est, ut soluto patrimonio pater, qui filiam in potestate habet, dotem a se profectam repetat ex voluntate filiæ, quam quod ea dos communis est patris et filiæ. *L. 2. in princip. et L. 3. supra*, *soluto matrimo.* At quomodo filii esse potest actio ex ea stipulatione, qua stipulatus est patri, non sibi? Quæ si omnia ei, qui patri stipulatus est, aut contraxit, convenire non possunt: neque hic, neque superior locus obstabit, quominus teneamus id, quod supra definivimus: † Quidquid est, et quæ- 28
cunque caussa, ex qua id non dico servus (de quo ius certum est) sed filiusfamil. nominatim patri fuerit stipulatus, eius stipulationis et obligationem et emolumentum omne patri acquiri ita, ut cum in persona eius possit consistere, ab eo in filium neque proprietas, neque quidquam aliud transferatur. † Dominorum loco in 29
hac re habentur, qui in servo usumfructum habent, aut aliquem bona fide possident sive servum, sive liberum hominem: sed hactenus, ut illis per istos acquiratur duabus tantum ex caussis, nempe si quid hi ex re fructuarii, aut bonæ fidei possessoris, vel ex operis suis acquirant. Nam quod extra has caussas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis, pertinet cui et ipsi extra has caussas stipulando acquirent. §. *de his*, *et* §. *idem*, *Instit. per quas person. nob. acquir.* Ad hunc locum pertinet titulus, *de stipulatione servorum*, *infra:* † Atque ex his personis factum est, 30
ut regula de obligatione et actione alteri per alterum acquirenda ita conciperetur a veteribus, per liberam personam, quæ neque iuri nostro subiecta est, neque bona fide nobis servit, obligationen nullam acquirere possumus. *L. si ita stipulatus.* 126. §. *Chrysogonus*, *infra eodem.* §. *ex his*, Inst. *per quas pers. L. solutum*, §. *per liberam*, *supra*, *de pignor. actione. L.* 1. *C. per quas person. nob. atq.* Per liberam personam dictum est; quia per servos nobis acquiri potest tam nostros, quam alienos in quibus habemus usumfructum, aut quos bona fide possidemus. Quæ iuri nostro subiecta non est; quia acquiri potest etiam per liberos, filios nimirum nostros, quos in potestate habemus. Neque bona fide nobis servit; quia etsi quis liber et extraneus in potestate nostra non sit, si tamen pro servo nobis bona fide possidentibus serviat, non minus et per eum nobis acquiratur ex suprascriptis duabus caussis.
† Servus communis seu publicus Reipub. 31
aut universitatis non est singulorum civium servus, ne pro parte quidem, sed solum universitatis. *L. in tantum*, §. 1. *supr. de rer. divis.* Multoque minus singuli aut eum possident bona fide, aut in eo usumfructum habent. Quo fit, ut si is stipuletur, valeat quidem stipulatio, ut scriptum est in L. 3. *infra*, *de stipula. ser.* sed ita, ut ipsi universitati, cuius est servus, acquiratur. Cæterum singulis civibus stipulan-

lando, his non acquiret: quia non sit in numero eorum, per quos cuique acquiri posse diximus. Nam quod servum publicum aliquando adhiberi legimus ad stipulandum pupillo, ut in *L.* 2. *infra*, *rem pup. sal. for. et* L. *non aliter*, *supra de adop.* eiusmodi est omnino, ut hoc ipsum confirmet potius, servum publicum civi stipulando non magis ei acquirere posse, quam quemvis extraneum et liberum, qui idem faciat. Iam primum animadvertendum est, in caussa tantum pupilli hoc receptum esse, ut adhibeatur ad stipulandum pupillo; neque id passim, sed tunc solum, cum Magistratus pupilli nomine satisdationem pro officio exigere cogitur vel a tutore, de quo scriptum est in dicta, *L.* 2. *infra*, *rem pup. sal. for. L.* 1. §. *exigere*, *supr. de mag. con.* vel a pupilli arrogatore, de quo in *L. non aliter*, *supr. de adop.* Neque id satis: non enim concessum est Magistratui in his caussis ad stipulationem interponendam servum publicum pro arbitrio adhibere, sed hac lege solum, si necesse erit Magistratui id facere, quia non possit aliter eo homine pupillo caveri. Nam ad stipulationem, rem pupilli salvam fore, non adhibetur servus publicus, nisi cum pupillus vel abest, vel infans est, et servum non habet, qui ei stipulando iure publico acquirat. *d. L.* 2. *rem pup. sal. for.* Ad cautionem autem ab arrogatore auferendam, qua heredibus pupilli caveatur, frustra adhibeatur pupillus. Neque enim potest cavere heredibus suis, qui heredem habere non potest. Qualis est pupillus arrogatus, si in potestate patris arrogatoris manens decedat. Ex quibus intelligimus neque servum publicum alii stipulari posse, quam pupillo, neque pupillo, nisi in suprascriptis tantum duabus caussis: neque in his etiam caussis pupillo stipulando posse ei acquirere, nisi iubeatur a Magistratu stipulari; neque vero a Magistratu iuberi posse, nisi tunc, cum aliter pupillo officio Magistratus cautum esse non potest: ut appareat omnino non tam hic servi conditionis, quam pupilli, et Magistratus, et necessitatis pupillo cavendi habitam esse rationem. Observetur præterea ita recipi, ut servus publicus stipuletur rem pupillo salvam fore, cum nullus alius est, qui ei stipuletur; ut tamen inde actio non acquiratur pupillo ipso iure, sed tantum utilis. *L.* 4. *infra*, *rem pup. sal. fo.* Quo declaratur in hoc servo nihil esse eorum, propter quæ servum diximus alteri acquirere posse stipulando. Alioqui domino, aut possessori ex re eius stipulando ei directam actionem acquireret. Sed ex his hærere adhuc potest hic scrupulus, quod aliquando saltem videri potest per servum publicum alteri actio acquiri posse: quod non item fieret per liberum hominem. Sed ut certo intelligatur ne hic quidem inter servum publicum, et liberum hominem, qui civi extraneo stipulentur, ullum esse discrimen: diligenter observetur sic in satisdatione, rem pupilli salvam fore, servum publicum a Magistratu adhiberi posse et solere ad stipulandum, ut non minus recte possit quivis alius etiam liber ad eam rem adhiberi. *L.* 3. *infra*, *rem ratam hab.* Usque adeo, ut placeat etiam Magistratum ipsum stipulari posse pupillo, et stipulantem non minus utilem actionem pupillo acquirere. *dict. L.* 1. §. *exigere*, *supra de mag. con.* Nec dubium est, quin et in stipulatione, quæ ab arrogatore exigitur, idem possit admitti. Sed ideo frequentius fuit olim in ea re adhiberi servum publicum, quia in eo officio quod a Magistratu iniungitur alicui velut pro imperio, honestius fuerit servum adhiberi, quam civem; et in servis commodius et melius rem transigi per eum, qui sit publicus, quam per eum, qui sit alterius privati. Ut enim servus publicus noster non sit, certe hoc ipso, quod publicus est, plus in eo, iuris habemus, quam in eo, qui neque recta, neque per consequentiam ad ius nostrum pertinet. Verum est igitur, quod dixi, servum publicum non esse singulorum etiam pro parte: hunc nihilo plus singulis stipulando posse acquirere, quam liberum quemvis hominem, qui civis civi stipuletur. Nam et sicubi recipiatur, ut possit ad alteri stipulandum adhiberi, non minus in eo recipi, ut adhibeatur liber. Proinde nihil hunc ad hoc genus servorum, per quos aliis acquiri posse diximus, pertinere. † Quoniam tamen hic acquisitio quæ- 32
dam est, non abs re quærat aliquis, quod vel servus publicus, vel liber homo pupillo aliquando stipulari potest, ad quod genus ex tribus a nobis propositis velimus hanc speciem referri: cum neque isti sint in potestate pupilli, neque ipsis pupillus succedat, aut successionis iure istam obligationem occupet, multoque minus isti ipsi dominorum loco in rerum pupillarium administratione habeantur. Et dicendum est, cum Magistratus istos adhibet ad stipulandum pupillo, ipsum Magistratum pupillo stipulari videri, utpote cuius iussu id fit, cuius et officio res recte gerenda commissa est. Itaque pertinet hæc species ad genus tertium, de quo postea.

Hoc † etiam loco de tabulariis, *seu* ta- 33
bel-

bellionibus, et iis qui notarii publici vulgo appellantur, tractatum est. Et iam olim recepta in vulgus [1] interpretum hæc sententia est, hos civibus quibuslibet et præsentibus et absentibus recte stipulari, iisque obligationem acquirere in his rebus, quæ ipsis testibus et rem publicæ fidei caussa scripto complectentibus transiguntur: *scilicet*, ut ipsi volunt (quod ad huius loci rationem pertinet) quia hi sunt servi publici, ac servi publici alteri stipulari possunt, eique stipulando acquirere. Quorum utrumque perspicue falsum est. Primum tabularios moribus nostris liberos esse constat: neque vero alii ad hoc munus admitti possunt ex constitutionibus. *L.* 3. *Cod. de tab. libro decimo.* Quod si hi liberi, quomodo servi publici, qui ne servi quidem sunt? Dicent inservire eos publico, quia est eorum publicum munus. Sed non ideo servi, quales nunc servos quærimus ad alteri acquirendum. Idem et apparitores Magistratuum faciunt, et magistratus ipse: neque tamen hos quisquam appellat servos publicos, aut propter officium publicum dicit alteri stipulari posse. Non enim ad eam rem inventi et constituti sunt. Sic quoque et tabularii instituti, qui res inter aliquos gestas et contractus exciperent, easque mandarent literis, non qui ipsi aliis contraherent, eisque conficerent obligationes. Demus tamen tabularios esse servos publicos: ideone verum est posse eos civibus stipulando his acquirere? At vide, quot modis id falsum deprehendatur. Primum ne servi quidem illi, qui vere servi sunt, et publici, quorum argumento isti utuntur, ulli alii stipulari possunt, quam pupillo, idque in satisdatione tantum, rem pupilli salvam fore; et quidem ita urgente commodo pupilli, ac Magistratu iubente eam stipulationem a servo publico interponi. Possunt et stipulari pupilli heredibus: sed in arrogatione dumtaxat, idque etiam, ut supra, ita imminente et iubente Magistratu. Hoc vero quid ad alias personas, et alias caussas, omninoque ad voluntarias servi stipulationes pertinet? Quales tamen tabulariorum stipulationes esse volumus. Quod si quod de servis publicis in his caussis constitutum est, volemus ad alias quoque personas et caussas transferre; consequens erit etiam quemvis liberum hominem quamvis privatum cuivis alii stipulando cavere posse. Nam ut servus publicus in supra scriptis caussis iubente Magistratu pupillo eiusve heredibus recte stipulatur; ita et quemvis alium privatum, eumque liberum ad eandem stipulationem conficiendam adhiberi posse receptum est, ut supra diximus. Quid, si ne illa quidem, quæ servi publici in superioribus caussis faciunt, tabularius facere potest, ut tabularius, seu, ut isti loquuntur, ut servus publicus? ut dicendum sit servorum publicorum exemplum nullo modo ad tabularios, quatenus tales sunt, pertinere. Et certe ita res habet, ut si forte tabularius iubeatur in satisdatione a tutore exigenda stipulari pupillo rem pupilli salvam fore, id non tanquam tabularius id faciat, sed tanquam quivis privatus. Officium enim tabularii est, ut instrumenta de rebus rite conficiat, et testimonio suo in munere publico rei gestæ fidem et auctoritatem publicam conciliet. In hac re autem ad quid tabularius adhibetur? Ut stipuletur videlicet, non ut quidquam testatum faciat de ea stipulatione, quod et ipsum esset supervacuum. Cum enim res geratur apud Magistratum, ineptum esset aliud testimonium adhibere, ubi publicorum monumentorum, idest, actorum fides sufficit. *L. in donationibus, Cod. de donat.* Itaque qui uno servorum publicorum argumento, et superiorum locorum auctoritate moti tabulariis potestatem publice aliis stipulandi, iisque obligationem acquirendi tribuerunt, apparet eos non modo nullum huius sententiæ argumentum in Iure Civili habere; sed etiam et verbo servi, et superioribus locis evidenter refelli. Invaluit tamen, ut dixi, iam olim hæc sententia in vulgus interpretum, idemque non minus potenti, quam

1) Guido Papæ *decis.* 49. Gomez. 2. *resol.* 11. *n.* 18. *Vasq.* 3. *usu freq.* 58. *n.* 6. Ant. Massa *tr. ad Form. Cam. oblig. p.* 2. *q.* 3. Sed nostro quoque consentit Tiraq. hac de re fuse et exactissime, variis opinionibus et distinctionibus relatis, agens de Iure const. possess. *p.* 3. *limit.* 30. *fere tota.* Ubi *n.* 29. *et seq.* hoc non probari ex iure communi ostendit et LL. obiectas dissolvit. Sed *n.* 45. testatur aliter consuetudine servari. (qui et notarium non dici servum publicum in LL. scribit *Tr. de Nobil. C.* 30. *n.* 9. *uti et* Forcat. *dial.* 98. *n.* 3.) *et* Hot. 4. *obs.* 25. quia etsi tabelliones sint publici conscriptores instrumentorum, non tamen si quis publicus, ideo singulorum servus. Syndici quoque, ait Hot. quamvis universitatis actores, tamen ad stipulationis interponendas data opera constituti, *L. ult. Quod. cui. Univ. et* Gifan. *ad L.* 11. *de O. et A. n.* 14. *et A. Fab.* 47. *err. prag.* 2. *et* 3. Quo facit quod nec librariorum munus olim publicum, sed privatum, ut probat. P. Fab. *ad L.* 92. *de R. I. pag.* 426. Denique observantiam istam potius ex consuetudine quam iure firmatam fateur, laudato Donello. Tessaur. *Decis.* 70. *n.* 2. An. notarii stipulatio acquirat ante ratihabitionem, vid. *et Cacheran. decis.* 33. Andr. ab Exea *Lib. Pactorum n.* 187. *et seqq.* Fachin. 8. *Contr.* 91.

quam fœdo errore pervasit in mores et consuetudines regionum, ut iam pro iure observetur: quod quidem ego, si placet, et publica auctoritate defenditur, nec muto, nec possum. Attamen cum de iure agitur, non quid errore contra ius obtineat, sed quid iure obtinere possit et debeat, quærere et spectare debemus.

Atque hæc de primo genere eorum, qui alteri stipulando et cavendo ei acquirunt.

34 † Secundum genus est decessorum heredibus suis caventium. Heredi nostro et stipulando, et contrahendo, et paciscendo cavere possumus. §. *si quis ita. supr. ea. L. et* L. *avus. supr. de pac.* Ac si quidem mihi stipuler, adiuncta heredis persona, puta mihi heredique meo decem dari, nulla dubitatio est. *d.* §. *si quis ita, et* §. *suæ personæ, ead. L.* Huiusmodi enim stipulatione primum mihi quæsita est obligatio, quæ cum in persona mea constiterit, sic deinde certo successionis iure transfertur ad heredes; quorum hæc conditio est, ut in omne ius defuncti succedant *L. heres in omne, supr. de acq. her. L. nihil aliud, infr. de*

35 *ver. sig.* † Sed an soli heredi stipulari et cavere possumus? Non temere est, quod dubitetur. Primum regula iuris alteri stipulari nos vetat: aut quæro, cur liceat stipulari heredi potius. Sed quod precipue heredem ipsum ab hac acquisitione removere videtur, est hereditatis et successionis natura. Heres, quatenus heres est, nihil amplius obtinet, quam hereditatem. Hereditas nihil est aliud, nisi successio in universum quidem ius, sed ius defuncti, idest, ad ius quod iam ante defuncti fuit. *d. L. nihil, de ver. sig. et L. hereditas, infr. de reg. iur.* Qui potest igitur tanquam heres, seu successionis iure obtinere eam obligationem, quæ olim nec defuncti, nec iacentis hereditatis fuit, ut pote neque in defunctum, neque in hereditatem, sed in solum heredem collata? Atqui talis est stipulatio, qua quis heredi tantum suo stipulatur, non sibi. Nos vero hoc loco adversus superiores obiectiones hanc sententiam statui volumus, ita licere stipulari heredi, ut quamvis soli heredi stipulati simus, tamen stipulatio valeat, et mortuis nobis ei obligatio et actio acquiratur non aliter, quam si ipse sibi esset stipulatus. Si de hoc iure ante dubitatum esset, tamen certum esse cœpit post constitutionem Iustiniani, qua cautum est, ut in stipulationibus, contractibus, et legatis omnibus liceret et ab heredibus, et contra heredes incipere actiones, et obligationes. *L. unica, C. ut act. et ab her. et cont. her. inc.* Nunc autem ut intelligatur id semper certam rationem habuisse, etiam apud veteres iam olim idem obtinuit, non minus heredi, quam nobis cavere licere; denique licere stipulari heredi, quod in persona defuncti neque constitisset, neque ex conceptione stipulationis consistere potuisset. Utputa, licuit stipulari heredi usumfructum, qui nunquam fuit defuncti; licuit stipulari heredi ire agere licere: quod tamen factum si defunctus ipse sibi stipulatus esset, nihilominus cum persona eius exstingueretur. §. *si quis*

ita, sup. ead. L. † Neque hoc [2] de iure ve- 36
tere negat Justinianus in *d. L.* 1. *C. ut act. et ab her. et cont. her. inc.* cum ait veteres non concessisse ab heredibus incipere actiones et contra heredes. Non enim simpliciter dicit hoc non concessisse veteres; sed addit non concessisse eos contemplatione stipulationum, cæterarumque caussarum post mortem conceptarum: significans in his tantum stipulationibus et caussis, quæ ita conceptæ sint, usurpatam fuisse a veteribus illam regulam, neque longius esse productam. † Et sane magna caus- 37
sa erat, cur huius generis stipulationes præter cæteras reiicerent veteres, si quis conceptionem modo earum spectaret. Sunt enim genere ipso conceptionis impossibiles, cum aut quis stipulatur sibi dari post mortem suam, aut se daturum, vel facturum post mortem suam promittit. Nam quomodo aut mortuo dari, aut mortuus dare potest? heredibus stipulatoris dabitur, inquies, et promissoris heredes dabunt. At hoc stipulatione comprehensum non est: sed et stipulator stipulatus est sibi dari, et promissor se promisit daturum. Ergo ipsam conceptionem verborum secuti veteres, ut dixi, hoc genus reiecerunt, non quia actio et obligatio ab heredibus inciperet, sed quia si personas stipulatione comprehensas retineremus, datio et præstatio esset impossibilis. Unde in §. *post mortem, Inst. de inut. stip.* ubi ex professo de hoc genere agitur, non aliæ improbantur stipulationes, quam cum post mortem suam sibi dari quis stipu-

2) Diff. omnino Gifan. *ad L.* 11. *de O. et A. n.* 11. 1. Quia LL. tantum de coniuncta formula agunt, non de seiuncta, soloque herede. 2. Quia obstat regula: Act. ab herede non incipere, quæ sublata quibusdam casibus. *L. un. C. ut act. ab her.* non in totum. 3. Quia nec exceptio huiusmodi pacto acquiritur *L.* 17. §. 3. *de pact.* (quæ tamen hoc non probat.) Atque hæc opinio, iure veteri inspecto, vana non videtur, licet noster dissentit: iure novo autem non item.

pulabatur, aut stipulabatur ab aliquo dari post eius mortem: item hæ, pridie quam moriar, vel pridie quam morieris, dare spondes. Ex quo apparet non idem probasse veteres, si quis post mortem suam stipularetur; sed aut simpliciter, ut heres intelligeretur; aut nominatim heredi suo, quia utrobique stipularetur heredi, idest, ei, cui natura dari posset, et cui iure pos-
38 set cavere. † Manebit igitur omni iure et vetere et novo, ac si minus vetere, certe ex constitutionibus receptum esse, ut si quis stipuletur tantum heredi suo, recte stipuletur, idque assequatur ut etiam ab herede incipiat obligatio et actio. Nititur hoc ius una hac ratione, quam supra posui, quod heres cum in ius omne succedat et locum defuncti, eiusque vicem subeat: *L. quædam.* §. 1. *supr. de ed. L.* 1. 2. *et* 3. *supr. de bo. poss. L. more*, *L. heres in omne*, *supr. de acq. her.* merito putetur eadem persona esse cum defuncto, qualis esse dicitur a Iustiniano *in d. Novel. de iur. a mo. præst.* Habet vero hæc ratio, quo se hoc ius adversus superiores subiectiones duas facile tueatur. Etenim si obiicitur eum stipulari inutiliter, qui stipulatur alteri, negabimus eum alteri stipulari, qui stipulatur heredi, quia heres sit defunctus alter: ut dici possit, cum defunctus heredi stipulatus est, aut ipsum sibi stipulatum videri heredis caussa, ut hoc ipso deinde stipulatio ad heredem transeat, aut heredem ipsum sub persona defuncti videri sibi stipulatum. Si dicetur non posse heredem succedere in eam obligationem, quæ defuncti non fuit, fatebimur; sed referemus idem, quod supra, defunctum, dum stipulatur heredi, in persona eius videri stipulatum sibi: quia, ut dixi, heres sit defunctus alter, et ideo perinde res sit, ac si heredi stipulando sibi stipulatus esset, sed ita, ut differretur obligatio in id tempus, cum ipse esset mortuus: sicut eveniret, cum quis stipulatus esset sub conditione, quæ non nisi mortuo stipulatore exstitisset. §. *ex conditionali*, *Inst. eod.* Et quemadmodum cum quis nominatim heredi stipulatus est, superiore ratione efficitur, ut intelligatur stipulatus sibi, dum unius persona repræsentat alteram: ita consentaneum est e converso, ut si quis stipuletur sibi, quod nisi heredi deberi non potest, sibi stipulando, videatur
39 stipulatus heredi eadem ratione. † Neque vero alia ratione defendi recte potest, quod placuit Iustiniano huiusmodi stipulationes valere, cum quis stipulatur post mortem suam sibi dari. Nam ad naturam si respicimus, mortuo stipulatori dari non potest, ut qui morte esse desierit in rerum natura. Potest heredi dari: sed is ex hac stipulatione, ut eius conceptio est, frustra petet: quia neque in persona defuncti prius obligatio constitit, ut quis dicat eam obligationem a defuncto in heredem posse transferri; neque defunctus heredi est stipulatus, ut dici possit actionem hoc casu ab herede posse incipere. Cur ergo nihilominus hic heredi actionem dari placet? Quia ex supra scripta ratione recte defenditur, etiam tum cum heredi datur, recte dici defuncto dari: quia scilicet heres sustineat personam defuncti, ut testator quamvis natura mortuus, tamen per successionem in persona heredum adhuc vivere intelligatur. Scio Iustinianum admittere superiores stipulationes ex mente et sententia contrahentium in *d. L.* 1. *C. ut act. ab her. et* §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* quasi qui stipulatus est post mortem suam, videatur stipulatus heredi suo dari, quamvis verbis stipulatus sit sibi: idque etiam contrahentes senserint. Et recte Iustinianus. Sed quæritur unde hæc sententia colligatur. Non enim satis est dicere, non esse tam imperitos contrahentes, aut stultos potius, ut putent mortuo stipulatori dari posse. Esto, non putarint. At quid, si stipulator aperte sibi post mortem dari stipulatus sit, non heredi? An quod fecisse eum constat, fecisse negabimus? Et certe non auderemus negare, si verba ambigua non essent, neque possent ad heredem etiam referri. Arg. in *L. quicquid*, *infr. eod.* L. *non est ferendus*, *sup. de trans.* Nunc autem ex superiore ratione intelligimus etiam ad heredem referri posse; quia si heres eandem personam sustinet cum defuncto, eveniat, ut quod heredi dabitur, sub huius persona ipsi stipulatori defuncto datum videatur. Id quod si verba admittunt, etiam de eo sensisse contrahentes, ut fieret, quia fieri potuit, credendum est. *L. quoties in.* 80. *infr. L. quoties in. L. ubi. supr. de reb. dub.* Ita dum constitutionem Iustiniani supra scriptam recte tueri volumus, semper ad superiorem rationem referri necesse est. Ergo, ut dixi, heredi nostro et stipulari, et paciscendo cavere possumus. Videndum est, an omnia; etsi forte plures sint heredes: an uni tantum, et quatenus, nam de his video dubitari. † Et stipulando 40
quidem constat licere heredi acquirere, et quod in dando sit, et quod in faciendo. *L. continuus*, §. *ult. infr. eod.* parumque retulerit, utrum id stipuletur quis, quod et sibi potuerit acquirere, si sibi stipulatus esset, an quod in persona sti-

pu-

pulantis consistere non potuerit, ut, si quis stipuletur usumfructum heredi suo: nam hic quidem ususfructus alius est ab eo usufructu, qui aut fuit, aut esse potuit defuncti: et tamen nihilo secius stipulatio ad heredem pertinet. §. *si quis ita*, *supr. ea.*
41 *L.* † Sed an pacisci quivis potest, ne ab herede petatur: quod ille debet, quacunque tandem ex caussa debeat? quid enim, si quid debeat heres suo proprio nomine, non hereditario, et de eo ab herede non petendo decessor paciscatur? Movet, quod ei non videtur exceptio acquiri ut heredi, sed ut extraneo: quod ius non patitur. Quod enim heres hic debuit, constat eum nequaquam ut heredem debuisse, ut qui debuerit etiam ante, quam heres esset, et quamvis non exstitisset heres, tamen esset porro idem debiturus. Huc accedit, quod non videtur esse posse exceptio hereditaria, quam ipse sibi defunctus non dico acquisierit, sed ne acquirere quidem potuerit, si vellet: qualis est hæc de eo, quod heres non ut a defuncto in se translatum, sed suo nomine debuit: frustra enim pacisceretur defunctus, ne a se peteretur id, quod non debuit, ubi et sine ulla conventione adversus eum nulla esset actio. Et puto utiliter quemque heredi suo pacisci, ne ab eo petatur, quod ipse debet, non tantum si debitum sit hereditarium, de quo constat ex *L. avus*, *supr. de pac.* sed etiam si non sit hereditarium, sed cum herede aliunde contractum. Nam si cuiusvis rei etiam alienæ actionem stipulando heredi suo acquirere concessum est; quanto magis in debito non alieno, sed heredis proprio licere debet paciscendo ei exceptionem acquirere? Ut enim ad liberandum, quam ad obligandum propensiores esse debemus: *L. Arrianus*, *supr. de ob. et ac.* ita facilius exceptionem alicui ad eum liberandum, quam actionem ad alium obligandum acquiri certum est. arg. in *L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. iur. L.* 1. *in prin. supr. de pig.* Nihil ad rem pertinet, quod debitum non est hereditarium, de quo heredi cautum est: de obligatione enim heredis non agitur, sed de exceptione a defuncto parta. Ipsa obligatio non est sane hereditaria; sed non eo minus hereditaria est exceptio et pactio, quam ad heredem transire dicimus. Id enim omne hereditarium dicendum est, quod a defuncto profectum, idest, vel ex defuncti bonis, vel opera defuncti et beneficio; deinde iure hereditario, idest, hoc ipso, quod heredes sumus, ad nos transit. *L. hereditariarum*, *supr. de ob. et ac.* Multo minus offendi debemus eo, quod istius debiti exceptionem, ne si vellet quidem, sibi defunctus acquirere potuit. Nam et earum rerum nomine, quæ in persona defuncti consistere nullo modo potuerint, heredi cavere posse satis intellectum est supra exemplo ususfructus, quem placet unumquemque heredi suo utiliter stipulari, quamvis hic sit alius ususfructus, et is qui nunquam potuerit esse defuncti. *d.* §. *si quis ita*, *supr. ea. L.* Licet igitur quidvis heredi et stipulando et paciscendo cavere: ut perinde heredi eo facto cautum sit, ac si ipse sibi stipulatus aut pactus 42
esset † Etiamne uni tantum ex pluribus, si forte defuncto plures erunt heredes? nam de hac re varie scriptum videtur, in *L. continuus*, §. *ult. inf. eod. et* L. *avus*, *sup. de pac.* item in *L. eum qui ita*, §. 1. *infr. eod.* Et nisi quid necesse sit cautionem, qua unius tantum heredis persona expressa est, acquiri cæteris heredibus, fatendum est uni heredi ex pluribus recte caveri, ut ei solum inde acquiratur saltem pro parte. Idque ei definitioni, quæ de herede posita est, consequens est. Nam si heredi cavere possumus, licebit et uni cavere: cum unus est; licebit et cum plures sunt, cavere singulis saltem pro portione hereditaria: quoniam et singuli hactenus sunt heredes. Ibi si cæteri heredes in eam cautionem non vocabuntur, perspicuum est sic ei, cui cautum est, inde acquiri, ut soli acquiratur. Quod si necesse sit cautionem acquiri omnibus, iam hic eveniet, ut ei quidem, cui cautum est, itidem acquiratur; sed ita, ut non possit dici uni tantum acquiri, quod pariter ad omnes pertinet. Ita omnis de hac re quæstio in eo est, an quod uni ex heredibus cautum est, necesse sit acquiri omnibus: de quo si quis recte statuet, simul de eo, de quo quæritur, recte statuet, quod et satis indicatur in *L. continuus*, §. *ult. infr.* ubi non est satis Venuleio dicere, quod dari stipulamur, uni per nos acquiri non posse; sed adiicitur per adversativam, quod declaret, quamobrem non possit: *sed necesse est*, inquit, *omnibus acquiri*. Mihi autem de eo ita statuendum videtur, ut siquidem obligatio et cautio a defuncto cœpit, ideo ei quæsita, quod sibi prius cavisset, et præterea cautio non personæ eius cohæret, sed est perpetua; tum necesse sit ad omnes heredes transferri, quod defuncti fuit, nec cum persona eius exstinguitur. Sin aut defuncti non fuit obligatio seu cautio, ut qui sibi prius non cavisset, sed uni heredi dumtaxat; aut fuit illa quidem defuncti; quoniam is et sibi cavisset, sed ita ut cau-

cautio esset personalis: hic nullo modo transire possit ad cæteros heredes, quod vel defunctus non habuit, vel ita habuit, ut cum persona finiretur. Atque hinc veterum distinctio de quæstione proposita esse reperietur, tradita in *d. L. continuus*, §. *ult. infr. eod. et d. L. avus*, *supr. de pac.* Sed quoniam illa obscurius paulo scripta est, et deesse ei aliquid videtur, enitendum est, ut de re tota plenius aliquid, et explicatius tradamus. Ergo cum defunctus uni ex heredibus quid stipulatus aut pactus est; et quæritur, utrum soli ei acquiratur, non cæteris, hæc erit distinctio ut existimo, quam recte teneamus, certe quam recta ratio, et superior notio nobis præscribit, ut putemus interesse, utrum defunctus uni tantum heredi suo caveat, non sibi; an simul et sibi, et uni ex heredibus. Siquidem heredi tantum; huic ipsi heredi acquiri tantum ex ea cautione; cæteris ideo non acquiri, quia nec possit. Sin sibi et simul uni ex heredibus, ne sicquidem statim effici, ut necesse sit cautionem acquiri etiam cæteris, sed in una hac caussa, si quis dari stipuletur sibi et Titio heredi suo: in cæteris omnibus tum stipulationibus, tum pactionibus contra; ut proinde ei soli, cui cautum est, necesse sit acquiri. Quæ an vere, et quamobrem tam, ut videtur, varie dicantur, paucis videamus. Principio hoc statuo, si quis heredi tantum suo stipuletur; aut paciscatur, ne ab herede tantum suo petatur, quantumvis uni ex pluribus id caveat, et quod stipulatur, in dando sit, non faciendo, id soli ei cui defunctus cavit, utiliter caveri, ut soli acquiratur, cæteris heredibus nihil. De pacto constat ex *L. avus*; *supra*, *de pac.* ubi non tantum generaliter definitur nihil obstare uni tantum ex heredibus paciscendo providere, si heres factus sit, cæteris autem non consuli: sed etiam de eo id scriptum est, qui pactus est, non tantum ne ab herede, sed ne a se etiam petatur: quo tamen casu facilius potuit pactio a defuncto ad heredes transire. Sed et de stipulatione, quæ in faciendo sit, qua defunctus uni tantum ex heredibus quovis modo caverit, inter omnes convenit ex *d. L. continuus*, §. *ult. infr.* De stipulatione dandi ex eo ipso loco a plerisque dubitatur, quoniam ita verba sunt generaliter et sine distinctione scripta. Præterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse omnibus acquiri. Nos vero sciamus fieri non posse, ut quod defunctus solum Titio heredi suo stipulatus est, non sibi, id acquiratur cæteris heredibus: ut proinde necesse sit solum Titio vel solidum, vel in partem saltem acquiri. Nam utrum fiat, nondum quærimus: nunc hoc tenemus cæteris nihil inde acquiri, ac nec posse acquiri. Primum quomodo possunt ex ea stipulatione agere, qua non sunt comprehensi? Stipulatio verbis constat, et quidquid astringendæ obligationis caussa est, nisi palam verbis exprimitur, pro omisso habendum est. *L. quidquid*, *infr. eod.* Hi porro nullo modo verbis appellati, imo vero etiam verbis exclusi sunt. Stipulatio præterea perficitur consensu. *L. continuus*, §. 1. *infra.* Quomodo igitur potest hæc stipulatio pertinere ad cæteros, qua non modo ut illis daretur, non convenit, sed etiam aperte convenit, ut conceptio declarat, ut soli Titio daretur, ac proinde nihil cæteris? Nihil multis opus est. Si quod defunctus uni tantum ex heredibus dari stipulatus est, cæteris heredibus acquiritur, omnino his per aliquem acquiri necesse est, ac nisi acquiritur per aliquem, nullo modo acquiritur. Utrum ergo ex persona defuncti agenti? at neque is stipulationem sibi acquisivit, quam posset transmittere, quoniam sibi non est stipulatus, neque acquisivit cæteris heredibus, quoniam noluit his acquirere: imo vero uni tantum cavendo, cæteros voluntate sua removit. An potius agent ex persona sua? at neque ipsi sibi stipulati sunt, neque adeo quisquam eorum homine, nedum is, qui ipsis acquirere potuerit. Ex persona vero heredis eius, cui cautum est, absurdum est, si quis dicat eam stipulationem transferri ad cæteros; cum neque ille sit his, aut etiam sibi stipulatus; neque si stipulatus esset, tamen posset per eum cæteris acquiri. Neque porro plures sunt in hac specie, per quos stipulatio superior defuncti his heredibus, quibus cautum non est, acquiratur. Ex quo efficitur his nullo modo eam acquiri posse. † Neque vero 43
id negatur in *L. continuus*, §. *ult. inf.* si modo is locus de his scriptus est, qui stipulantur quidem uni ex heredibus, sed prius sibi, adiuncta nimirum unius heredis persona: in quam sententiam is locus accipiendus est. Nam qui eum generaliter accipiendum putant non tantum de his, qui sibi et uni ex heredibus stipulantur, sed etiam de his, qui stipulantur recta uni ex heredibus omissa personæ suæ mentione; hi neque verba eius loci, neque rem de qua agitur, et sententiam Venulei satis expendere videntur. Verba hæc sunt, *quod dari stipulemur*, generaliter hoc quidem, et indefinite; sed tamen impersonali-

liter. Sciendum est autem in usu iuris, cum homo liber impersonaliter stipulatur, aut etiam proponitur impersonaliter stipulatus, sic verba accipi, quasi stipulatus esset sibi, aut etiam diceretur sibi stipulatus. §. *sicut*, *in fin. et* §. *si quis ita*, *supr. ead. L.* vel hoc ipso *in* §. *alteri*, cum paulo post Ulpiauus ita scribit, *pœnam enim cum stipulatur quis*, *inspicitur*, *quæ sit quantitas*, *quæque conditio obligationis*; his verbis, *cum pœnam stipulatur quis*, omnes intelligunt hoc dici, cum stipulatur quis sibi, non alteri: nam alteri pœnam dari non minus stipulamur inutiliter, quam quidvis aliud ei dari, aut fieri. Quo ex usu, cum in *d. L. continuus*, §. *ult.* ita scribitur, *quod dari stipulemur*, *non posse per nos uni ex heredibus acquiri*, his verbis, *quod dari stipulemur*, intelligere debemus, quod nobis dari stipulemur. Idque extremis verbis eius loci Venuleius satis declarat: subiicit enim. *At cum quid fieri stipulemur*, *etiam unius personam recte comprehendi*, quid sibi vult illud *etiam*, nisi posse unius heredis personam comprehendi etiam cum aliis? non intelligit cum cæteris heredibus, cum unum tantum heredem comprehendi ponat. Hoc igitur sentit comprehendi recte unius personam etiam cum persona nostra, qui fieri stipulamur. Idem significat verbum comprehendi. Is enim comprehendi proprie dicitur qui comprehenditur cum aliis, et maxime si cum ipso stipulatore. *L. eum*, *qui ita*, §. 1. *et* §. *qui sibi*, *infr. eod.* ut plane apud Venuleium sit ea stipulatio, de qua in §. *si quis ita*, *et* §. *suæ*, *supr. hac. L.* in qua nimirum stipulatur quis sibi, et suæ personæ adiungit heredis personam, quod facere posse dicitur in *d.* §. *suæ*. Unde quæstio, an si quid quis stipuletur sibi dari, possit etiam unius heredis personam adiungere, quod Venuleius negat. Quod si in verbis aliquid esset ambigui; tamen res ipsa et sententia cogit de hoc stipulatore definitionem Venuleii interpretari: quia ei, qui uni tantum ex heredibus stipulatus sit, non sibi ea definitio nullo modo possit convenire; cum dicat, quod dari stipulemur, necesse esse omnibus heredibus acquiri: quod aperte falsum esse satis antea probavimus, si agatur de eo, qui heredi tantum, non sibi stipule-
44 tur. † Sit igitur hoc ratum, quod defunctus uni ex heredibus stipulatus, pactusve sit, et heredi solum, non sibi, id cæteris heredibus nulla ratione acquiri posse; ut consequens sit soli ei, cui cautum est, acquiri. Quæ sequuntur, non obscuris locis expressa sunt, sed eorum ratio quæritur, quæ nobis explicanda est. Si quis quid, inquam, ubi quidem ex heredibus caveat, sed sibi simul et heredi: puta stipuletur sibi et Titio heredi suo: aut paciscatur, ne a se, neve a Titio petatur; de eo hæc distinctio tradita est. Siquidem stipuletur dari; inutiliter uni heredi caveri, quia nihilominus acquiratur omnibus heredibus. Sin alia cautio sit, quam dandi; eam soli ei heredi acquiri, qui stipulatione est comprehensus, non item cæteris: cuius generis est, si stipuletur defunctus sibi et Titio heredi, quod in faciendo est, veluti ire, agere: aut paciscatur ne a se, aut ne a Titio herede petatur. Hoc de stipulatione ius traditum est in *d. L. continuus*, §. *ult. infr. eod.* de superiore autem pactione in *d. L. avus*, *supr. de pac.* Et quod ad stipulationem dandi attinet, qua quis sibi et Titio heredi decem dari stipulatur, non usque adeo obscuram rationem habet, quod placet ex hac stipulatione non soli Titio acquiri, sed necesse esse acquiri omnibus heredibus. Cum enim defunctus primo sibi stipulatus est, statim illi quæsita est stipulatio, et obligatio; quæ si est perpetua, ut est, nec personæ defuncti cohæret, non potest, quin ad omnes heredes transeat, pro qua parte sunt heredes: cum si hereditas successio est in universum ius, quod defunctus habuit *L. hereditas*, *inf. de reg. iur. L. nihil aliud*, *inf. de verb. sig.* oporteat omnem heredem, quatenus heres est, in id ius omne succedere. *L. heres in omne*, *supr. de acq. her.* Ideo quæ in omnibus sunt, ut ad heredem unum transeunt, cum est unus tantum defuncto heres: *d. L. heres in omne*: sic transeunt ad omnes, cum plures heredes sunt, et quidem ita, ut ipso iure inter eos in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum dividantur. *L. ea quæ*, *C. fa. ercisc.* Sed cum convenerit, ut uni tantum decem darentur, cur defuncti conventio rata non est? Quia est contra ius: stipulatur enim uni decem sibi debita. Prius efficiat, ne sibi debeantur; tum eveniet, ne quod uni tantum stipulatus est, perveniat ad cæteros: si ei debebuntur, ius non patitur, ut quod ipsius sit, ad unum tantum transeat, non ad omnes. Quod si ad omnes transit, quomodo unius fieri potest, quod ius vult fieri omnium? Nam quod quidam dicunt ideo uni tantum ea decem acquiri non posse, quia ultra portionem hereditariam extraneus sit; extraneo autem stipulari non possimus: vereor ut satis sit tutum. Etenim si in his nihil pertineret ad cæteros, existimo nihil prohibere, quominus defunctus uni ex heredibus recte

recte decem stipuletur, ut ei solida acquirantur, quasi solida ut heredi stipulatus sit, non ut ulla ex parte extraneo, de qua re postea. Sed etsi defunctus decem sibi, et Titio heredi stipulando, soli Titio obligationem decem quærere non potuit; tamen cum appareat voluisse ipsum, ut uni Titio ea deberentur, unus Titius peteret; an non saltem cæteri heredes, si petant, exceptione pacti summoveri possunt? Minime: non quod non tacite convenerit, ne cæteri petant; sed quia hæc conventio sit sub conditione, si decem Titio debeantur, quæ et illi soli dari defunctus voluit. Quæ conditio cum defecerit; vel ex voluntate ipsa defuncti conventioni locus esse non potest. Similiter ut cum defunctus promisit se et Titium heredem suum daturum, et respondetur cæteros coheredes non minus teneri, quam Titium, omnes autem proportione hereditaria. *L. eum, qui ita*, §. 1. *eod.* Quid, si promissor paratus sit Titio heredi decem promissa solvere, an non videtur ei permittendum esse facere; et, si ultro solverit, non videtur satis hoc esse ad liberationem, quasi superiore stipulatione si non obligatio, at certe solutio in eum collata sit, ut fit, cum stipulor mihi aut Titio decem dari? §. *plane, Inst. de inut. stip.* Nullo modo: cum enim ita stipulamur coniunctim, mihi et Titio dari, Titius non solutionis, sed obligationis caussa adiicitur. Quæ res facit, ut si Titio acquirere non possim, non solum is non possit petere, quod inutiliter sum stipulatus, *L. si mihi et Titio.* 110. *infr. eod.* sed etiam non possit ei solvi, qui solutioni adiectus non fuit. Arg. in *L. eum, qui ita*, §. *qui sibi, in fin. infr. eod.* Habet igitur, ut dixi, rationem, nec eam obscuram, quod placet in stipulatione dandi, si quis quid stipuletur sibi dari, hoc evenire, ut idem frustra stipuletur uni ex heredibus, quo ei totum acquiratur: quia necesse sit omnibus acquiri; et ideo sit necesse, quia cum obligatio constiterit in persona defuncti, non possit, quin ea ut cætera omnia defuncti ad omnes heredes perveniat. Sed non item expedita est pars altera distinctionis suprascriptæ. Quinimo ex ea ipsa ratione, quam de stipulatione dandi modo reddidimus, incidit ea pars in difficultatem. Nam et cum quis stipulatur sibi et Titio heredi ire, agere licere; acquiritur stipulatio defuncto non minus, quam stipulatio dandi, cum defunctus sibi et Titio heredi dari stipulatus est. Nec minus acquiritur ei pacti exceptio, cum paciscitur, ne a se, neve a Titio herede petatur. Cur igitur et huius generis stipulatio, et item pactio ad omnes heredes pariter non transit? Quod si transit, an non eadem ratione efficitur, et quod nobis fieri stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, quia necesse sit iure hereditario acquiri omnibus? Eademque pactionis illius ratio est: quod tamen in utroque genere contra receptum videmus. De stipulatione faciendi ita scriptum est in *L. continuus, in fin.* infra, *at cum quid fieri stipulamur, etiam unius heredis personam recte* comprehendi. *Recte*, valet utiliter, ut quemadmodum uni tantum stipulati sumus; ita quod sumus stipulati, id ei soli acquiratur, nec necesse sit omnibus acquiri: contra quam prius de eo, quod dari stipulemur, definitum erat. De pactione superiore definitio clare scripta est in *d. L. avus, sup. de pac.* heredi consuli concessum esse: nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit; cæteris autem non consuli: idque in persona eius traditum est, qui neptis nomine dotem promiserat, et pactus erat, ne a se, neve a filio suo herede dos peteretur. Ego vero non dubito, quin si stipulatio faciendi, aut pactio defuncto quæsita ad heredes transeat, defunctus qui sibi fieri stipulatus est, aut pactus ne a se petatur, non possit idem uni ex heredibus cavere, non magis, quam si stipulatus sibi dari, idem stipuletur dari uni ex heredibus. Semper enim tenendum est, quod omnibus heredibus acquiri necesse sit, id uni per defunctum acquiri non posse. Quapropter si quod defunctus stipulatus sit sibi fieri, placet id eum uni ex heredibus cavere posse; item si in eo quod pactus est, ne a se petatur, placet eum paciscendo posse efficere, ne ab uno ex heredibus petatur: sciamus huius iuris nullam aliam caussam videri posse, quam quod neque stipulatio faciendi, neque pactio, qua quis sibi et uni heredi caverit, ad heredes pertineat præter eum, cui defunctus nominatim stipulatus, pactusve sit. Sic enim fit, ut quoniam obligatio, aut exceptio non acquiritur aliis, ideo nihil obstet, quominus uni tantum, cui acquiri potest, utiliter caveatur. Quid ergo, stipulatio faciendi defuncto quæsita, itemque exceptio iure hereditario ad heredes, ut cætera iura omnia non transit? Sane vero non transit, cum is stipulatus aut pactus est sibi et Titio heredi. Non enim satis est obligationem, aut exceptionem defuncto esse quæsitam, ut transmittatur ad heredes, nisi etiam sit perpetua. Nam si erit personalis, non magis transibit ad heredes, quibus nihil nominatim cautum erit,

quam

quam si defuncto nunquam esset quæsita. *L. non solum*, §. *tale*, *supr. de lib. leg.* In quo istarum rerum discrimen constitit. Nam cum sibi dari quis stipulatus est, obligatio dandi ut defuncto quæsita est, ita est perpetua, uti et ses, quæ in stipulatum deducitur, quam constat cum persona defuncti non extingui. *L. obligationum fere*, *supr. de ob. et act. L. nemo*, *sup. de leg.* 1. Eo fit, ut sive defunctus sibi soli stipuletur, sive adiuncta unius heredis persona, tamen semper obligatio hereditaria ad heredes necessario iure transeat. Non enim quia simul heredi Titio stipulatus est, ideo obligationem sibi quæsitam sustulit, aut ab ea recessit. At cum stipulatur quis, quod in faciendo sit, puta ire agere licere sibi et Titio heredi suo, quæritur quidem faciendi obligatio stipulanti, uti et superior; sed hæc personæ stipulantis cohæret, et cum persona eius extinguitur. Quod in faciendo est, id omnes veteres iuris auctores sic acceperunt, quasi personam facientis natura non egrederetur. §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. ser.* Unde hæc stipulatio, *ire agere licere spondes?* comparatur illi, uti frui licere spondes? cum tamen hanc posteriorem, quæ de usufructu est, constet plane esse personalem. §.
45 *si quis ita*, *supr. ead. L.* † Secuta est postea Iustiniani constitutio. *L. veteris*, *C. de cont. et com. stip.* qua placuit omnem stipulationem sive in dando sit, sive in faciendo, et ad heredes et contra heredes transmitti, etsi specialis heredum mentio non fiat. Sed hæc constitutio ad eum, qui sibi et uni ex heredibus quid fieri stipulatur, non pertinet; neque in eo ius vetus, quod fuit de hoc genere stipulationis non transmittendo immutat. Agitur enim in illa de eo, qui sibi stipulatur, aut adiuncta omnium heredum persona, aut contra omissa omnium heredum mentione, ut illa verba ostendunt, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Et quod vult stipulationem transire ad heredes, cum quis quid fieri stipulatur sibi et heredi suo, novum non est. Hoc et veteres in hoc genere adiuncta heredum persona admittebant, ut probatur in *d.* §. *si quis ita*, *supr. eod.* Quod iubet etiam tum stipulationem faciendi transire ad heredes, cum quis sibi fieri stipulatur, neque ullam mentionem heredum facit, est plane in eo, in quo a vetere iure discedatur: cum de sententia veterum stipulatio faciendi ut personæ cohærens ad heredes non pertineret. Sed tamen in eo nihil contra voluntatem contrahentium facit Iustinianus. Quinimo cum voluntatis quæstio sit, an qui sibi tantum stipulatus est, simul etiam de heredibus senserit, ac proinde intelligatur his cavisse Iustinianus hanc ipsam voluntatem est interpretatus, et quasi sibi stipulando defunctus videatur etiam sensisse de heredibus, ita cavit, ut stipulatio ad heredes transiret. Ipse quidem in extremo eius constitutionis testatur se quod constituit, ideo constituisse, ne ex subtilitate ea, qua veteres utebantur, caderent hominum voluntates. In summa voluit Iustinianus stipulationem faciendi stipulatori quæsitam transire ad heredes, cum aut aperte de heredibus cavit defunctus aut de his tacens saltem verbis eos nos exclusit. Nihil simile in eo, qui sibi quid fieri stipulatur, et de heredibus cogitans, non simul omnibus heredibus cavet, sed sibi et uni ex heredibus stipulatur. Nam hunc quidem perspicuum est hoc animo esse, eoque et hoc ipsum agi inter contrahentes, ne quod ille stipulatur, acquiratur eius heredibus: quippe unum appellando aperte removit cæteros, ut qui unum ideo adiecerit, ut significaret se huic soli datum velle post mortem suam, nolle cæteris. Arg. in *L. si cum dotem*, *in princ. supr. sol. mat.* Ad hunc constitutio Iustiniani non pertinet. Neque enim recipi potest, ut quæ constitutio ad voluntatem contrahentium tuendam composita est, ea servetur adversus manifestam voluntatem. Et certe fatendum est, non ut res quæ dari debent, ita facta, quæ in persona stipulantis impleri debent, esse perpetua. Ut enim mortuo stipulatore heres eius eat agat ex stipulatione defuncti; nemo tamen adeo aversus a vero erit, ut dicat in hac re idem factum esse heredis, quod defuncti, eandem utriusque itionem: hanc rei naturam Iustinianus mutare non potuit. Quod constituit, ut nihilominus stipulationes faciendi ad heredes transirent; fecit, ut dixi, non naturam rei, sed voluntatem contrahentium secutus, dum interpretatur eos etiam cogitasse de heredibus, coniectura voluntatis ex communi hominum sensu ducta, eademque non incognita veteribus. *L. si pactam*, *supr. de prob.* Tolle hanc voluntatem: manebit natura rei integra; cum qua si concurret etiam hæc voluntas contrahentium, ne stipulatio acquiratur, heredibus, nulla caussa est, cur his acquiratur ac non mortuo stipulatore una cum eius persona natura sua intercidat. Ex quo eveniet, ut si defunctus stipulationem huius generis quibusdam heredibus quæsitam noluit, his utique non acquiratur: si quibusdam voluit, et his nominatim, ut sibi stipulatus est:

est: etiam his acquiratur, quia heredi consuli concessum est; *L. avus*, *supr. de pac.* et acquiratur quidem his solis, quia stipulatio faciendi, ut eatenus personalis, ad cæteros non transeat. Quapropter quodcunque factum erit, quod defunctus stipuletur sibi, et Titio heredi suo, sive erit individuum, ut mihi et Titio heredi meo ire agere licere spondes? de quo in *L.* 2. §. *item si in facto*, *supr. eod.* sive dividuum, ut, mihi heredique meo Titio uti frui fundo Tusculano licere spondes? (usumfructum enim dividi posse constat. *L.* 1. §. *si usus fructus*, *supr. ad leg. fal. L.* 5. *supr. de usuf. et quem. quis ut*,) nunquam stipulatio omnibus acquiretur, sed uni Ti-
46 tio dumtaxat. † Quo loco facere non possum, quin fidem et iudicium [3] Bartoli, ac similium in hac specie valde requiram. Fidem, quod cum in *d. L. continuus*, §. *ult. infr. eod.* de faciendi stipulatione indistincte scriptum sit, differre hanc a stipulatione dandi, et posse in ea unius heredis personam recte comprehendi: hanc sententiam ille pene omni ex parte mutare ausus est, ut prope totam everteret. Nam primum negavit eam veram esse, si factum esset dividuum, quasi in hoc genere inutiliter unius heredis persona comprehenderetur, sed stipulatio ad omnes heredes transiret. Deinde ne in factis quidem individuis eam admisit absolute, sed hac conditione, si cæterorum heredum, qui stipulationis verbis appellati non sunt, non interesset. Itaque si quis ita stipulatus sit, mihi, heredique meo Titio ire agere licere spondes? hæc stipulatio auctore Bartolo non acquiretur soli Titio, sed necesse erit eam acquiri omnibus heredibus, quia omnium interest ad fundum hereditarium communem commeare: quorum utrumque est contra manifestam eius loci, quem interpretari debebat, sententiam. In quo qua fide versetur, apparet. Sed in primis in hac interpretatione iudicium istorum requiro. Etenim interrogatus Bartolus, cur non putet faciendi stipulationem uni ex heredibus posse acquiri, respondet, quia facta sunt individua regulariter. Ridiculum: quasi non constet individui facti stipulationes æque transire ad heredes stipulatoris, ac facti dividui stipulationes: etiam si in factis individuis obligatio singulis heredibus acquiratur in solidum, quod quidem disputatione *L.* 2. §. *pen. et ult. L.* 3. *et* 4. §. *Cato*, *supr. eod.* ita declaratur, ut nihil usquam scriptum sit apertius. Imo, inquit, facta individua uni tantum acquiri possunt, quia interdum eius solius interest. Iam hoc imperitissime dicitur. Nam si in hac re ratio habenda est eius, quod unius heredis interest, non debuerunt distingui stipulationes dandi a stipulationibus faciendi sed personæ eorum heredum quorum interest, ab his, quorum nihil interest. Tum autem stultum est eam conditionem ponere, quæ existere non potest. Ego autem non animadverto, quomodo possit usu venire, ut quod fieri intersit stipulantis, id stipulatore mortuo fieri non intersit omnium heredum; aut si quorundam non interest, quomodo possit unius alicuius solius interesse. Idque haud scio, an alia re ulla magis confirmetur, quam his exemplis, quibus ostendere conantur interdum evenire, ut unius tantum heredis intersit, quæ referuntur ab Accursio in *d. L. continuus*, §. *ult.* Id accidit, inquiunt, cum stipulatur quis insulam ædificari certo loco, et his locus uni ex heredibus prælegatur: quo exemplo neque est quidquam a sententia eius loci, de quo agitur, alienius, neque minus quidquam quam id quod volunt, assequuntur. Primum ineptum hoc exemplum est, in quo defunctus non stipulatur sibi, et ei heredi, cui postea is fundus prælegabitur, ut sic deinde ei heredi soli ex cautione defuncti acquiratur. Nos enim de eo agimus, qui stipulatur quid sibi fieri, et nominatim unius heredis personam comprehendit. Deinde falsum est huic heredi, cui locus prælegatus est, obligationem ex stipulatione superiore soli acquiri, ac non etiam cæteris heredibus. Nam si ei locus iste prælegatus non esset, omnes concederent eum aut nullam, aut certe non ultra quam heres esset, actionem habere. Atqui loco isto illi prælegato, ultra portionem hereditariam in eo fundo non est heres, sed legatarius: non igitur ultra eam portionem actionem habebit. Nam in ius defuncti legatarius non succedit. *L. quædam.* §. 1. *supr. de ed. L. ult. C. de her. act.* Postremo etsi daremus isti heredi ex superiore stipulatione actionem acquiri: tamen hoc teneremus, quatenus ei locus insulæ ædificandæ constitutus prælegatus est, eatenus non acquiri ei ut heredi, sed ut legatario. *L. in fideicommissariam*, §. *ult. supr. ad Treb.* Nos vero de herede agimus. Idem est, inquiunt, si de

3) Et Comez. *d. C.* 11. *n.* 15. qui et contra si in stipulatione dandi res promissa individua, non omnibus, sed nominato acquiri vult. Ut si quis stipuletur usum uni ex heredibus. Arg. *L.* 19. *de usu et hab.* Sed recte noster.

defunctus stipulatus sit viam ad eum fundum, quem postea uni præleget. At hoc exemplum istos plane iugulat. Aut enim soli huic heredi, cui fundus prælegatus est, volunt stipulationem, seu actionem acquiri; omnibus heredibus. Si ei soli; distinctionem inter stipulationes dandi et faciendi a veteribus traditam, quam et ipsi statuerant, evertunt: nam stipulatio servitutis non faciendi stipulatio est, sed dandi. *L. si unus, supr. de ser. rust. præd. L.* 3. *supr. de usuf.* Ita fiet hoc exemplo istorum sententia, ut etiam stipulatio dandi uni ex heredibus acquiri possit, ut et faciendi. Sin volunt stipulationem propositam acquiri omnibus heredibus, etsi is fundus, cui servitus acquiri debet, uni sit prælegatus; ipsi se oppugnant, et probant in faciendi obligationibus etiam tum, cum unius heredis interesse admittunt, stipulationem non ei heredi, cuius interesse volunt, soli acquiri, sed omnibus. Sic res habet, ut hic fundo uni ex heredibus prælegato, cæteri heredes ex stipulatione hereditaria agere, et ut servitus ei fundo constituatur, petere non possint: nemo enim alieno prædio servitutem acquirere potest, aut imponere. *L.* 1. *L. si quis duas, sup. com. præd.* Sed non eo fit, quia defunctus non a principio servitutem sibi et heredibus suis recte stipulatus sit; sed quia fundum, cui servitus destinata erat, uni prælegando, et ita fundum in eum transferendo, cæteris inutilem facit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo incipere non poterat. *L. pro parte, supra, de ser.* Nihil hic proprium heredum. Nam et ipse sibi testator stipulationem servitutis corrumperet, si fundum, cui servitutem erat stipulatus, alienasset. *dict.* L.
47 *pro parte.* † Quare ut concludatur hic locus de stipulationibus faciendi heredi acquirendis, omnino ita statuendum est. Sive stipulatio faciendi perpetua est, sive personæ cohæret; stulte quæritur, cum de hac quibusdam ex heredibus non acquirenda agitur, utrum stipulatio sit facti individui, an dividui; et utrum eorum heredum, quibus quæsitam nolumus, intersit his acquiri, an non intersit. Nam cuiuscunque modi factum in stipulatum deductum fuerit, et quorumcunque tandem heredum utilitatem contineat; semper hoc erit in hoc genere, ut stipulatio aut pariter sit perpetua, aut pariter personalis. Si perpetua est itidem ut dandi; valde errant, qui putant fieri posse, ut quod quis sibi fieri stipulatus est, qualecunque factum id erit, non acquiratur omnibus heredibus: cum id exigat in omnibus ius idem, et necessitas eadem successionis. Quod si faciendi stipulatio personæ cohæret (ut certe cohæret, cum id actum esse apparet, ne transiret ad heredes, ut supra dilucide probavimus; idque etiam ad facta dividua pertinet, ut si quis stipuletur sibi uti frui licere. §. *si quis ita; supra, ead. L.*) non modo non necesse erit, mortuo stipulatore stipulationem acquiri heredibus, quibus defunctus cautum noluit, sed ne poterit quidem acquiri, quæ morte defuncti exstincta est. Ex quo evenire necesse est, ut si defunctus uni tantum ex heredibus eam stipulationem quæsitam voluit, dum sibi et Titio heredi stipulatur, huic ipsi heredi ita acquiratur stipulatio, ut acquiratur soli, postquam effectum est ad eos heredes, quibus defunctus cautum noluit, stipulationem personalem transire, iisque acquiri non posse. Quæ stipulationis faciendi ratio est, eadem est et pactionis, qua paciscitur quis, ne a se, neve a Titio uno ex heredibus suis petatur. Quod enim paciscitur quis, ne a se petatur, in eo personale pactum est paciscentis personæ cohærens. *L. iurisgentium, §. pactorum, supra, de pac.* sed tum maxime et citra controversiam, cum apparet defunctum heredes exclusisse: quod tunc accidit, cum ille heredum mentionem faciens uni tantum ex his cavet. Nam ut in stipulatione faciendi fieri dixi, sic et in pactione accidit, ut unius tantum adiectione aperte declaret se huic soli idem, quod sibi tributum velle, ac proinde nolle cæteris. Quod cum ita sit, necesse est, pacti exceptio ex hac conventione, aut nulli ex heredibus acquiratur, aut acquiratur ei soli, cui a defuncto cautum est. Nulli acquiri, eoque nec ei cui cautum est, dicere non licet. Semper enim hoc tenendum est, heredi consuli concessum esse. *L. avus, supra, de pac.* Restat igitur, ut ei soli, qui nominatus est, recte cautum sit; postquam ad alios non pertinere conventionem effectum est. Si dandi stipulatio, qua uni ex heredibus cautum est, nullo modo ei acquiri posset, ne pro parte quidem, posset autem ei acquiri exceptio ex defuncti pactione: esset in promptu, quod ad explicandam huius differentiæ rationem responderemus: id videlicet quod ab Accursio traditum ad *d. L. avus.* Bartolus *ibidem* probavit, et doctis quibusdam postea placuisse video, ut diceremus eo fieri, quia proniores esse debeamus ad liberandum. *L. Arrianus, supr. de obl. et act.* Nunc autem cum quis decem stipulatur sibi, et Titio heredi, est stipulatio eiusmodi, quæ etsi non acquiritur Titio in solidum

dum, acquiratur tamen illi, itidem ut cæteris heredibus pro portione hereditaria; et quidem ita, ut si paciscatur defunctus, ne dos quam debet, a se, neve a Titio herede petatur, nihil amplius ex hac pactione acquiratur Titio, quam acquireretur illi ex stipulatione superiore. Acquiritur enim ei ex pactione exceptio; sed utique pro portione hereditaria, quam debuit, non in solidum, quia solidum ex obligatione hereditaria non potuit debere. Quod si ita est, quid attinet, quæso, causari favorem liberationis, quo citius hæc acquiratur, ubi fateamur non magis eam a defuncto acquiri posse uni ex heredibus, quam obligationem? Et certe hoc ita est, ut nunquam hoc tam absurde dicturi fuerint, si statuissent uni ex heredibus etiam stipulationem dandi eodem modo acquiri, ut exceptionem. Nunc autem hoc loco non statuerunt; non quod nescirent obligationem hereditariam transmitti ad omnes heredes pro hereditariis portionibus; sed quod hoc loco non venisset in mentem hoc significari, stipulationem hereditariam omnibus heredibus acquiri. Apparet autem deceptos esse verbis eius loci, quem interpretabantur. Nam cum in *L. continuus*, §. *ult. infr. eod.* scriptum esset, *quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri*, illi neglectis his verbis, quæ sequebantur, priora illa sic acceperunt, quasi stipulatio dandi nullo modo posset acquiri uni ex heredibus. In quo, non dicam iudicium, quod viris eruditissimis non defuit, sed paulo maiorem attentionem desidero. Non enim animadverterunt, quod dicitur stipulationem dandi uni ex heredibus per nos acquiri non posse, non ita dici, quasi non possit ullo modo, sive ulla ex parte acquiri, sed ut intelligamus non posse illi soli: sequitur enim; *sed necesse est omnibus acquiri*. Omnino sic res habet, ut si de eo herede quæritur, cui defunctus cavit, semper ei ex æquo et stipulatio acquiratur, et exceptio ex pactione: ut in eo differentiæ, quæ nulla est, non sit ratio quærenda. Sed hoc distat stipulatio dandi ab exceptione; quod illa simul acquiritur cæteris, idque ita necesse est: exceptio autem non cæteris, sed ei soli, cui a defuncto cautum est. Cuius differentiæ ratio si quæritur, non alia reperietur, quam quod stipulatio dandi defuncto quæsita, ut est perpetua, ita a defuncto etiam ad heredes transeat: exceptio autem quamvis eidem quæsita tamen cum sit personalis, una etiam cum persona exstinguatur atque ita fiat, ne transeat ad alios, quam de quibus nominatim cautum est. Proinde verissime scriptum est in *dict. L. avus*, cæteros heredes exceptione conventionis tuendos non esse; eum vero cum cautum est, exceptione conventionis recte usurum: quippe heredi consuli concessum esse, nec quidquam obstare uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit; cæteris autem non consuli. Hic tamen hæc quæruntur. Quia enim iam dixi pactionem, qua quis paciscitur, ne a se, neve a quibusdam ex heredibus petatur, personalem esse, et non egredi personas eorum, qui conventione sunt comprehensi: cur ita dicitur pactio personalis esse potius, quam dandi stipulatio? Dicitur eadem ratione, qua et stipulatio faciendi. Nam et hæc pactio in faciendo est; qua nihil amplius continetur, quam ne quid fiat cum certis personis, idest, ne ab his petatur, ne iudicio cum his agatur. Quod genus facti si cum quibusdam personis exerceri non potest, non ideo quidquam prohibet, quo minus cum aliis possit exerceri natura, ubi res videlicet nudo facto contineatur, non iure: idest, ubi defunctus nihilominus adhuc iure teneatur, ut ante, et tamen convenerit, ne ab eo petatur, quod contingit ex hac pactione. §. *præterea*, *Inst. de exc.* Sed an non et de hac pactione ita traditum est in *L. si pactum*, *supr. de prob.* si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, nihilominus et exceptionem pacti heredibus competere, quasi et hac convenerit, ne ab his petatur; quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis caveamus? Traditum est: sed adiicitur id tum fieri, cum quæritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat paciscentis persona eo statueretur. Quo uno maxime confirmatur contra esse, ubi constat defunctum sic pactum esse, ne a se tantum, aut ne a se et quibusdam heredibus peteretur; de quo agimus. Quid, an non illud interdum falsum est, quod dicitur nihil obstare, quominus uni tantum ex heredibus provideatur, cæteris autem nequaquam? Quod ut possit existimari, facit *L. eum, qui ita*, §. 1. *infr. eod.* ubi in hac specie, me et Titium heredem meum decem daturum, scribitur tacite convenisse videri, si plures sint heredes, ne ab aliis heredibus, quam a Titio peteretur; et tamen dum Titio eadem exceptio comparata non est, placet etiam ab aliis itidem ut a Titio pro portione hereditaria peti posse. Sed nihil in universum verius est, quam uni tantum ex heredibus consuli concessum esse: nec vero quidquam absurdius, quam si incipiat dici, quod recte alicui cautum sit, ideo ad

illum

illum pervenire non debere, quia non tantundem in cæteros conferatur. An quia omnibus consultum non vult defunctus, ideo illi quorundam, de quibus visum est, meliorem conditionem facere non licet? Beneficii et liberalitatis est alicui cavere: proinde voluntatis et arbitrii; ut appareat liberum cuique esse debere, in quem velit, et quando ac quantum velit conferre, arg. in *L. 2. supr. de proc. L. in commodato*, §. *sicut*, *supr. com.* An potius ideo uni heredi exceptione pactionis uti non licet, quia cæteri eandem exceptionem non habent? Et quæ tandem lex reperta est unquam tam iniqua, ut ideo quemquam vetaret aliquid habere, quod alii idem non haberent? Ergo desinant homines sua tenere, quia tam multis aliis eadem desunt: quo nihil dici potest absurdius. Imo vero contra colligi debuit hoc modo. Quibus heredibus defunctus paciscendo non cavit, hi exceptione pactionis non utuntur; quia defunctus his quæsitum noluit. Ergo cui nominatim cavit, is pactionis exceptione defendetur, contraria de caussa, quia defunctus huic consultum voluit. Non adversatur huic sententiæ, quod supra retuli ex *L. cum, qui ita*, §. 1. *infr.* non enim in ea specie conventio aliis heredibus, quibus cautum est, non prodest, quia Titio eadem exceptio a defuncto non est quæsita; sed quia id ipsum actum est, ne prodesset; vel verius, quia omnino nihil convenit. Observabimus enim illic conventionem quidem fuisse, ne a cæteris heredibus peteretur; sed conventionem sub conditione, si Titius tota decem a defuncto promissa deberet, et præstaret: quæ conditio non exstitit, ut ex ipso loco cognoscetur. Quidquid autem sub conditione promissum, cautumve est, conconditione non impleta perinde est, quasi cautum non esset. §. *sub conditione*, *Inst. eod. L. cedere*, *inf. de verb. sig.*

48 † Postquam constitutum est posse unumquemque ita cavere heredi suo, ut possit uni etiam ex pluribus, quamvis non caveat cæteris: videndum est, quod sequitur, quam utiliter uni stipulari et pacisci liceat, idest, quatenus id, de quo cautum est, ei cui cautum est acquiratur; utrum totum, quantum in stipulationem et pactionem deductum est, an pro parte dumtaxat, quemadmodum et heres pro parte tantum heres est, non in solidum. Et puto quodcunque et quantumcunque libet nos uni ex heredibus nostris et stipulari et pacisci posse, ut totum quod voluimus, ei acquiratur, quandiu stipulatio et pactio in ea caussa erit, ut nihil inde acquiratur cæteris; de quo nunc agitur. De stipulatione faciendi inter omnes convenit, si id de quo cautum est, individuum sit: veluti, si quis stipuletur sibi et Titio heredi suo ire, agere licere: quia quod divisionem non recipit, aliter quam in solidum singulis heredibus acquiri non possit, *L. 2. §. ex his, supr. eod. L. viæ, infr. de servit. L. heredes*, §. *an ea. supr. fa. erc.* Itaque de hoc genere facti vulgo interpretantur illud, quod in *L. continuus*, §. *ult.* infra scriptum est, *cum quid fieri stipulamur, unius heredis personam recte comprehendi.* Sed etsi defunctus pactus sit de eo, quod debet, ne id a se, neve a Titio herede suo petatur, nemo dubitat, quin quatenus a Titio petetur, in tantam summam illi acquiratur exceptio: quia quantumcunque id erit, quod ab eo summo iure petetur, solum erit portio hereditaria: nam ultra portionem hereditariam heres in æs defuncti non succedit. *L. 2. C. de her. ac. L. pacto successorum*, *C. de pac. L. ea, quæ*, *C. fa. er.* At quid si defunctus decem tota tipulatus sit Titio uni ex suis heredibus? Hic quidem soli Titio ex hac stipulatione acquiri diximus. Sed utrum tota decem? nam decem divisionem recipiunt, et recipiendum non est, ut heredi amplius acquiri possit quam pro portione hereditaria: quoniam extra hanc partem heres non est. *L. cum a matre*, *C. de rei vind. L. pen. C. de her. act.* Quo fit, ut ultra hanc sit extraneus. Porro extraneo per nos acquiri nihil potest. §. *ex his*, *Inst. per quas pers. no. acq.* Quid, si stipulatus quis sit sibi, et Titio heredi, quod sit in faciendo, sed divisionem eodem modo recipiat; puta, sibi et Titio heredi uti frui licere? Et hic quoque soli heredi Titio acquiri posse supra diximus. Sed an ut illi toto fundo, de quo actum est, uti frui liceat, an vero pro parte tantum, cum ususfructus possit dividi? *L. 5. sup. de usuf. L. 1. §. si ususfructus*, *supr. ad leg. fal.* Vulgo statuunt et illic partem tantum decem, et hic ius utendi fruendi pro parte tantum Titio posse acquiri: eadem illa ratione videlicet, quam supra posui, quia heredi acquirere non possimus, nisi pro portione eius hereditaria. Ego existimo, quemadmodum ex utraque stipulatione soli Titio acquiritur, ut videmur nobis satis probasse; ita et ex priore solita decem illi acquiri, et ex posteriore solidum ius utendi fruendi toto eo fundo, de cuius usu illi uni acquirendo cautum est. Quod non obscure declaratur verbis *d. L. continuus*, §. *ult. infr.* si quis ea paulo attentius considerate

deret. Primum cur id, quod dari stipulemur, non possit soli Titio ex pluribus acquiri, hæc caussa illic significatur, quia necesse sit id acquiri omnibus; et vero alia caussa reddi non potest. Quare quæcunque in ea caussa erit stipulatio, ut inde cæteris nihil possit acquiri, caussa cessante evenire dicendum est, ut si uni Titio recte cautum est, soli ei totum acquiratur utpote cæterorum concursu nulla ex parte imminutum, argum. in *L. unic. supr. sin. vero nemo*, *C. de cad. tol.* Deinde de stipulatione faciendi ibidem ita scriptum est, cum *quid fieri stipulamur*, *unius heredis personam recte comprehendi*: quæ verba hanc sententiam habent, recte et utiliter comprehendi, ut scilicet quantum defunctus ei stipulatus est fieri, tantum ei acquiratur: alioqui nihil hæc stipulatio differret a stipulatione dandi. Nam et in dandi stipulatione recte comprehenditur unius heredis persona, si tantum partem ei acquiri volumus: quandoquidem et illi pars ex huiusmodi stipulatione acquiritur, ut sæpe iam diximus. Superius autem de stipulatione faciendi simpliciter, et infinite scriptum est, ut si quis de facto individuo id dictum esse interpretetur, non etiam de dividuo, is, et contra verba aperte faciat, et sententiam loci pervertat, ea genera in hac re distinguens, quæ constet uni rationi esse subiecta: sunt enim ex æquo personalia omnia: qua ratione efficitur, ne ad heredes transeant. Proinde et in factis dividuis hæc eius loci sententia est, etiam in his ipsis factis quæ quis sibi stipuletur, unius heredis personam sic recte comprehendi, ut ei tota stipulatio acquiratur. Postremo hæc ratio non potest refelli. Etiam uni heredi consuli et caveri posse certum est. *L. avus*, *supr. de pac.* Quapropter nisi quid impediat, quominus decem tota, aut tota ducenta, aut toto aliquo fundo uti frui licere uni ex heredibus cavere possim, conveniens est ei facultati quam mihi ius tribuit, ut quod cavi, totum uni illi, cui cavi, ex mea cautione adquiratur. At quod impediat, nihil esse reperietur. Iam primum cæteri coheredes huic heredi partem non auferent; postquam de ea stipulatione et pactione quæstio posita est, in qua effectum est, cæteris heredibus, quibus cautum non est, nihil inde acquiri. Quod autem dicitur non posse nos uni ex heredibus acquirere, nisi pro portione hereditaria, quo dicto videmus præcipue moveri cæteros; aut in his rebus, quæ inter heredes non dividuntur, de quibus agimus, falsum est; aut si in universum recipimus, dicendum est nihil hic acquiri ultra portionem hereditariam, quamvis uni totum quod cautum est, acquiratur. Quæcunque enim divisionem inter heredes non recipiunt, ea videmus unicuique ex heredibus acquiri in solidum, alias omnibus, singulis tamen in solidum, ut servitutis stipulationem: *L. 2. §. ex his*, *supr. eod L. viæ*, *supr. de ser.* alias uni tantum ex omnibus, idque itidem in solidum, ut facti individui stipulationem: veluti cum quis stipulatus est sibi, heredique suo ire agere licere, de quo inter omnes convenit ex *d. L. continuus §. ult. infr.* Neque ideo quisquam metuit, nedum id fit, videatur ultra portionem hereditariam uni acquiri. Quam caussam esse dicemus? Et necesse est dici alterutrum. Aut enim quod non dividitur inter heredes, potest uni acquiri etiam ultra portionem eius hereditariam; aut si non admittimus cuiquam heredi acquiri posse, nisi pro portione hereditaria, id est, quatenus heres est, quod est verius; certe hoc tenendum erit, cum id quod divisionem non recipit, uni solidum acquiritur, nihil ei ultra portionem hereditariam acquiri, sed totum, quod acquiritur, numerandum esse in portione eius hereditaria: quod et ipsum vere dicitur. Id enim demum ultra portionem hereditariam acquiri dicendum est, quod inter plures heredes dividi potuit et debuit, ut sic iure plures sint eius rei portiones hereditariæ, et tamen uni ex heredibus tribuitur ultra, quam est heres. Quod si quid non dividitur inter plures heredes, eius nulla pars potest intelligi, quæ distinguatur a portione unius hereditaria, ut sic dici possit ultra eam acquiri. Sed utrum sit verius, nihil nunc ad rem pertinet: satis est intelligi verum esse alterutrum. Utrumvis placebit, utroque efficitur, quod volumus, nihil obstare videlicet superius dictum de re heredi ultra portionem hereditariam non acquirenda, quominus quod inter heredes non dividitur, uni recte acquiratur solidum. Atqui tale est, quod etsi natura divisionem recipiat, tamen defunctus uni heredi ita cavit, ut inter heredes non possit dividi; quia non possit ad cæteros, quibus cautum non est, pertinere, de quo nunc quærimus. Quapropter nihil relinquitur, quod impediat, quominus et hoc uni ei, cui cautum est, uti cautum est, acquiratur. Et cur non stipulationem dandi uni heredi adscriptam æque indivisam putemus, quo acquiratur uni, ut indivisam putamus facti individui stipulationem, eaque de caussa pos-

posse uni acquiri? Nam quantitas, et res alia quævis natura dividua in stipulationem deducta, ipsa per se divisam stipulationem non facit, sed personæ inter quas ea res ex stipulatione debet dividi. Itaque si pluribus eodem tempore summa adscripta est, enumeratione ipsa personarum divisa quoque in singulas personas esse intelligitur, ut est in *L. cui fundus*, *supr. de cond. et demon.* Sed etsi uni tantum defuncto adscripta sit ab initio, sic tamen ex eventu dividitur, si res a defuncto ad plures heredes pervenit, pro numero videlicet eorum, inter quos iure dividitur: pro portionibus tamen hereditariis. *L. in exsecutione*, §. 1. *infr. eod. L. ea*, *quæ*, *C. fa. erc.* Quod si uni personæ summa et res adscripta est, neque ex numero heredum ea scinditur: pro certo habetur in *d. L. cui fundus*, *de cond. et dem.* eam orationem, qua universa summa semel adscripta est, esse indivisam. Sit ergo et in huiusmodi stipulatione idem ius, quod in faciendi stipulatione; quam, quia indivisa sit, ideo volunt uni ex heredibus acquiri posse. Quæ si ita sunt, consequens est, quibus in caussis uni ex heredibus ita stipulari possumus, ut non sit necesse id acquiri cæteris, in his ipsis hoc idem evenire, ut quod uni stipulati sumus, ei solidum acquiratur. Atque hæc si in stipulatione recipimus, multo magis in conventione liberandi heredis caussa interposita recipiendum est, ut quantum quisque pactus sit, ne ab uno ex heredibus suis petatur, in tantum ei heredi pactio prosit, etiam si de eo pactio facta sit, quod heres suo proprio nomine totum debeat, non hereditario. Effectum est enim et hoc uni caveri posse, et quidem ita, ut certum sit ad alios heredes, quibus cautum non est, eam pactionem non posse pertinere. Sed sive uni heredi ex pluribus stipulatione aut pactione nostra acquiri volumus, sive simul omnibus, aut uni, qui
49 solus sit, semper heredi caveri oportet. †
Heredi stipulari aut pacisci intelligitur, qui aut sub appellatione heredis id facit, aut sub nomine proprio id cavet, quod nisi in heredem cadere non potest. Sub appellatione heredis, veluti, heredi meo ire agere licere spondes? vel coniunctim, Titio heredi meo. In heredem solum cadere potest ea pactio, qua paciscitur quis de eo, quod ipse solus debet, si paciscatur, ne id a se, neve a Titio petatur: quæ species est *L. avus*, *sup. de pact.* Ut enim non addiderit herede: non eo minus tamen conditione rei id comprehensum intelligitur, et quidem multo certius, quam ullis verbis. Non enim peti a Titio iure potest, nisi is idem cœperit postea debere: nec potest incipere debere; nisi paciscenti heres exstiterit, ut sic in æs alienum defuncti succedat. Quod si quis stipuletur, aut caveat Titio, nulla heredis mentione facta, inutilis stipulatio et cautio est: et quamvis Titius caventi postea heres exstiterit, non eo magis convalescet cautio, quæ ab initio non valuit. *L. si tibi*, §. *si quis*, *supr. de pac. L. cum patrem*, *C. de iur. dot. L. quod initio*, *infr. de reg. iur.* Ac de secundo genere eorum, qui aliis stipulari et cavere possunt, idest, decessorum suis heredibus caventium satis diximus.

† Tertium genus reliquum est eorum, 50
qui alienorum bonorum administrationem, vel curam iure ita constitutam habent, ut in ea pro dominis habeantur. Quo in numero primum sunt omnes, quibus cum necessitate muneris publici administratio rerum alienarum coniuncta est, ut tutor, curator, actor civitatis, et interdum Magistratus: tum qui his comparatur, procurator militis. Ac de prioribus illis tribus ita scriptum est in *L. eum*, *qui*, §. *actori*, *supr.* de const. pec. *Si actori municipum*, *vel tutori pupilli*, *vel curatori furiosi*, *vel adolescentis ita constituatur*, *municipibus solvi*, *vel pupillo*, *vel furioso*, *vel adolescenti*: *utilitatis gratia puto dandam municipibus*, *vel pupillo*, *vel furioso*, *vel adolescenti utilem actionem.* Quod de constituto dicitur, ad stipulationem, et cautionem omnem transferendum est. Non enim magis paciscendo aut costituendo alteri cavere licet, quam stipulando. *L. quo tutela*, *in fin. infr. de reg. iur.* Cur ergo et actor municipibus, et tutor pupillo, et curator adolescenti aut furioso cavendo acquirit? Quia hi propter munus publicum, et potestatem in eo munere in rebus administrandis ipsis traditam, dominorum loco habentur, quandiu eorum, quorum cura ipsis commissa est, negotia administrant. *L. tutor qui tutelam*, *supr. de admi. tut. L. qui fundum* §. *tutor*, *supr. pro empt.* Si tutor pupilli loco est; consequens est, dum pupillo stipulatur tutor, et tutorem sub persona pupilli quodammodo stipulatum sibi: et vice versa pupillum quatenus ei expedit, sub persona tutoris ipsum sibi stipulatum videri: ut non sit mirum, si quasi sibi hic stipulatus esset, ita ei acquiratur stipulatio et actio; eademque ratio est de cæteris. Ita fit in hac quoque specie illud, quod initio posui, ut dum pupillus existimatur stipulari sibi, et ita agit, nihil videatur fieri in eo adversus regulam propo-

sitam, quæ alteri quemque stipulari vetat, non sibi. Sed pro dominis habentur, inquam, tutores, curatores, actores municipum; re vera domini non sunt. † Ideo ex
51 istorum stipulatione et constituto non datur veris dominis directa actio, quasi illi stipulati essent, qui vere sunt domini; sed datur utilis in eo loco, quem supra retuli, quia hi caverunt, qui domino tanquam vere domini essent, cavere non potuerunt.

52 † Huiusmodi quædam administratio et potestas rei gerendæ, eoque et stipulationis alteri acquirendæ etiam Magistratui tribuitur in pupilli bonis, cum in quibusdam caussis iniungitur Magistratui, ut cautionem a quibusdam personis pupilli nomine exigat, quo vel pupillo, vel pupilli heredibus caveatur: quod fit, et cum tutor datur pupillo, et cum pupillus arrogatur. Illic enim iubetur Magistratus exigere a tutore satisdationem, rem pupilli salvam fore; *L.* 1. §. *si Magistratus*, *et* §. *exigere*, *supr. de mag. con.* Hic autem ab arrogatore, ut satisdet, se si pupillus intra pubertatem decesserit, restituturum quod ex bonis pupilli consecutus erit, illis ad quos res perventura esset, si arrogatus in suo statu mansisset. *L. nec ei*, *in fin. L. non aliter*, *et L. hæc autem*, *supr. de adop.* In quo cum res curanda committatur Magistratui, non dubium est, quin ei summa potestas eius rei pupillo bene gerendæ tanquam alteri domino committatur. Itaque in satisdatione a tutore exigenda placet curare debere Magistratum, ut si pupillus præsens est, et fieri potest, ipse stipuletur, quo iure publico sibi acquirat actionem adversus tutorem, et fideiussores. Si pupillus abest, aut fari non potest; proximum esse, ut servum pupilli, si quem habet, adhibeat, qui domino stipuletur, quo et ei recte acquiratur. Quod si nemo erit, qui stipulando possit pupillo acquirere; iam hoc permittitur Magistratui, ut aut stipuletur ipse pupillo rem salvam fore, aut si mavult, adhibeat quemvis alium, qui idem stipuletur pupillo: ac quemcunque adhibuerit, placet pupillo acquiri inde utilem actionem, itidem ut acquireretur ex stipulatione aut conventione tutoris eodem modo pupillo caventis. Hæc ex L. 2. 3. 4. *infr. rem pup. sal. fo. et* L. 1. §. *exigere*, *supr. de mag. con.* Nempe ideo, quasi is stipulatus sit, qui in ea cautione exigenda domini loco habeatur. Is enim est Magistratus, qui etsi alium stipulatorem adhibuerit; tamen perinde id habendum est, quasi ipse stipulatus esset cum is stipuletur, qui Magistratus iussu id faciat, et Magistratus vice in eo fugatur. In satisdatione autem ab arrogatore exigenda statim curat Magistratus, ut servus publicus stipuletur ab arrogatore id quod supra diximus, ut est in *d. L. non aliter*, *supr. de adop.* Nempe quia res ita postulat. Cur enim non, ut supra, stipulatur pupillus, aut servus aliquis pupilli? Quia sit inutile. Pupillus enim qui in potestatem arrogatoris transit, si in eo statu decedat, heredem habere non potest; frustra autem stipuletur extraneis. Sed cur Magistratus ipse non stipulatur, aut alium non adhibet? Ego puto de servo publico scriptum esse dicta *L. non aliter*, *de adop.* quia melius et commodius est rem hanc per servum transigi, quam per liberum, et per servum publicum, quam per privatum, qui sit alienus, ut supra quoque ostendi. Cæterum in potestate esse Magistratus hoc idem stipulari, aut alium adhibere, qui idem faciat. Nam et de satisdatione, Rem pupilli salvam fore, scriptum est in *L.* 2. *infr. rem. pup. sal. fo.* ubi non sit pupillus, qui stipuletur, aut alius, qui secundum regulas iuris pupillo acquirat, servum publicum apud Prætorem stipulari debere. At nihilominus aliis locis traditur et Magistratum dare posse aliquem, cui caveatur, et ipsum adeo Magistratum stipulari posse, ut L. 3. *infr. rem pup. sal. for. et L.* 1. §. *exigere*, *supr. de mag. coñ.* Ergo Magistratus in his caussis dominis stipulando, sive per se id faciat, sive per alium, quem adhibuit, ideo dominis acquirit, quia in ea re sibi iniuncta vice dominorum fungitur: ut quasi sub persona eius ipsi domini stipulati essent, ita his actio acquiratur. † Sed quod in tuto- 53
ribus, et similibus monuimus, hoc idem in Magistratu in his caussis tenendum est, haberi quidem hic Magistratum pro domino, dum rem recte administrat; at non esse dominum re vera. Hinc esse, ut ex huius et aliorum extraneorum, quos ipse adhibuit, stipulatione, pupillo et his quibus cautum est, non nisi utilis detur actio ex stipulatu: *L.* 4. *infr. rem pupil. sal. fo.* similiter ut ex tutoris stipulatione observari diximus: adeo ut nec si servus publicus stipulatus sit, placeat aliam actionem dari *d. L.* 4. iuncta *L.* 2. *infr. rem pup. sal. fo.* Et merito: servus namque publicus, civitatis aut universitatis servus est, non singulorum, ut ante diximus. *L. in tantum*, §. 1. *supr. de rer. divis.* Tutoribus et curatoribus comparatur procurator militis in actione militi acquirenda, in *L. si pecuniam*, *supr. si cer. pet.* idque favore militum.

Sunt

Sunt ergo, ut ostendi, genera ista tria eorum, qui alteri stipulando ei obligationem acquirunt. Et sunt quidem sine controversia, atque ita, ut constet etiam evidens ratio, quamobrem excipiantur: non tamen ita, quin de his possit aliquid ex aliis locis dubitari; aut certe quin in tractatione veterum de his generibus videa-
54 tur nonnihil desiderari posse. † Nam si duo posteriora in hoc numero habenda sunt, cur sunt a veteribus in illis locis, in quibus ius de acquirendis obligationibus tradiderunt, prætermissa? Atqui hoc loco Ulpianus illa regula posita, Alteri stipulari nemo potest, tantum hac exceptione usus est: præterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Ipsam adeo regulam iuris, qua in universum et diligenter de his, per quos nobis acquiri non potest, comprehensum est, ita conceptam videmus, ut soli excludantur, qui alieno iuri subiecti sunt, aut bona fide possidentur. §. *ex his*, *Instit. per quas pers. nob. ac L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infra eodem.* Et ratio utriusque generis omittendi veteribus non defuit: neque eo minus recte fit ad explicationem regulæ propositæ, quod ea ex notis locis excipiantur. Nam quod ad secundum genus decessorum heredibus caventium attinet, videri possunt illi ideo prætermissi, non quod non constaret inter omnes heredi cavere concessum esse, quod *ex L. avus*, *de pac.* sciri potest: sed quia heredes ita semper habiti sunt eadem persona cum defuncto, ut qui his stipularetur, magis sibi ipsi videretur stipulari, quam alteri: idque multo magis, quam cum servus stipulatur domino, aut filius patri. Nunquam enim tempus est, cum heres simul atque heres esse cœperit, non succedat in ius, et locum defuncti, ut sic eadem persona efficiatur. *L. quædam*, §. 1. *supr. de ed.* quod de domino et servo, de patre et filio dici nullo modo potest. Sed tamen et heredes natura alii sunt a decessore suo: ut cum de his, qui natura alii sunt, quærimus, non male rursum a nobis excipiantur decessores et heredes. Quod attinet ad tertium genus tutorum, et similium quos in eo genere posuimus; non mirum, si excepti non sunt a veteribus in explicatione superioris regulæ. Regulam enim Iuris Civilis tradebant: de quo iure agentibus non fuit necesse tutorum et similium personarum stipulationem excipere; cum hoc iure vere dicatur nec tutorem pupillo stipulari posse: idque vel ex eo apparet, quod ex istorum stipulatione non directam actionem dari placuit, sed utilem. *L. eum*, *qui*, §. *si actori*, *supr. de const. pec.* Et tamen quia hic in verbis non hæremus, sed quærimus de stipulationis in alterius personam collatæ effectu; in qua quæstione directa actio et utilis non differunt, quia utraque eiusdem est potestatis: *L. actio*, *supr. de neg. gest.* ideo etiam recte, et ad iuris cognitionem utiliter hos excipimus, qui ita dominis stipulari possunt, ut his actio utilis acquiratur ex stipulatione.

† Sed ut sunt tria hæc genera eorum, 55
qui alteri stipulari, et cavere possunt, eique et stipulando et paciscendo actionem vel exceptionem acquirere: ita sic statuo plura non esse; neque vero plura reperientur. Scilicet præter superiores non sunt alii, qui eædem personæ habeantur cum iis, quibus cavent: quia nullum potestatis vinculum, nullum successionis ius, nullum ius administrationis inter eos intercedit: quæ inter quos non interveniunt, quia alii atque alii inter se et natura et iure habentur, ideo in illis omnibus æquitas regulæ propositæ retinetur, ne quisquam ex his sic possit alteri acquirere, ut eo facto alterum lædat, aut oneret. Et fatentur alii vulgo neminem stipulando alteri directam actionem posse quærere: sed, quod innumeris prope locis probari videtur, hoc defendunt multis in caussis posse acquiri utilem: unde sunt illæ tot apud eos exceptio-
nes. † Ego hoc sentio ne utilem quidem 56
alteri posse acquiri, si quis modo ita stipuletur, aut paciscatur alteri, ut res ex persona caventis initium obligationis non sumat, sed ex persona eius, cui cavetur, contra quam patitur regula iuris in *L. quæcunque*, *supr. de ob. et act.* Non dubitabimus hoc ita esse affirmare de omnibus, si quibus maxime tribui debere videbatur præter cæteros, ut quibusdam stipulando acquirere possent, his non concedatur, ut illis etiam utilem acquirant. Quod in procuratore, qui domino; in liberto, qui patrono: in filio, qui patri aut matri; in matre aut patre, qui liberis suis stipulentur, intelligetur. Nam si qua æquitas hanc acquisitionem admitteret ex aliarum personarum stipulationibus, quam earum quæ superioribus generibus tribus comprehensæ sunt: hoc præcipue æquum erat, ut posset procurator universorum bonorum stipulari domino, cuius negotia administrat, qui ut est, ita vere dicitur a Cicerone *in oratione* pro Cæcinna, quasi quidam pene dominus, hoc est, alieni iuris vicarius. Si minus hoc tribueretur procuratori; at certe permitti liberto debuit stipulari patrono propter honorem patrono debitum, propter

bene-

beneficium singulare libertatis, quo devinctus patrono omnia officia in illum conferre debuit: multoque magis ob easdem et graviores pietatis et coniunctionis caussas idem tributum oportuit filii stipulationi, si is matri aut patri, cuius in potestate non est, stipuletur. Si ne his quidem hoc concedi placeret: saltem hoc relinqui debuit matri; si non matri; at certe patri, ut liberis suis liceret stipulari, et his hoc modo acquirere propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem, argumen. in *L. Caius in fin. supr. sol. matr. L. nam etsi, supr. de inoff. test.* Atqui in his omnibus constanter regula servatur, ut placeat ne istos quidem supra scriptis personis ita stipulari posse, ut vel utilem actionem his acquirant. Quod si ita est, non est, quod
57 potestate acquirendi istis adempta, eam quærendam putemus in cæteris. † Ac de procuratore ita scriptum est in *L. 1. C. per quas pers.* si procurator non sibi, sed ei cuius negotia administrat, redintegratæ rei vindicationem pactus sit, nullam domino, actionem acquisitam esse. An aliqua ex ea stipulatione actio acquiretur domino, quæsitum erat. Itaque si competeret utilis, de eo Imperatores responderent; quoniam ad rem omnino pertinebat, ut fecerunt iidem in *L. pater, C. de pac. con.* Quare etsi nihil aliud dicerent, quam actionem domino non esse acquisitam; tamen omnem, idest, etiam utilem denegari intelligeremus. Nunc autem aperte dicunt, nullam domino actionem acquisitam esse. Quibus verbis omnem actionem excludi manifestum est: proinde non directam solum, sed etiam utilem. Idem intelligitur non obscure ex *L. eum qui, §. Iulianus libro*, iuncto *§. si actori, supra, de constit. pec.* Nam in *§. Iulianus*, traditur, si quis constituat apud procuratorem se soluturum, valere constitutum, sed ita, si constituat se soluturum ipsi procuratori, non domino: quo declaratur, si apud procuratorem constituat se soluturum domino, constitutum non tenere, eoque nec domino inde quæri actionem. Sed an ne utilis quidem domino dabitur? Et *sequenti* §. significatur ne utilem quidem domino dandam. Nam in *§. si actori*, distinguens Ulpianus in hac re actorem municipum, tutorem, curatorem a procuratore, de quo supra dixerat, scribit, si quis prioribus illis tribus constituat se soluturum municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti, putare se dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, adolescenti utilem actionem. Si hoc in his personis proprium ius est, et distinctum a procuratore; apparet procuratorem domino cavendo ne utilem quidem actionem domino acquirere. † De 58
liberto scriptum est in *L. si ita stipulatus, 126. §. Chrysogonus, infr. eod.* his verbis. *Sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est: ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quærebatur.* Si ad solutionem non proficit adiectio absentis patroni, cui libertus dari stipulatus est, idest, si ex huiusmodi stipulatione ne solvi quidem potest patrono: perspicuum est patrono ex ea stipulatione nihil deberi, omninoque ex ea nullam esse patrono actionem, ne utilem quidem. Nam qui utilem actionem habet, is utique creditor est, eique utiliter debetur, quod ea actione potest ab invito consequi: *L. creditores, infr. de ver. sig.* in quo etiam et ipse omnibus aliis præferatur. *L. procuratori in rem, supra, de proc.* Creditori autem quod debetur, recte solvitur, proficitque ea solutio omnibus ad liberationem. Quare et libertus patrono stipulando ne utilem quidem actionem patrono acquirit. Quanquam et superiore dicto amplius quiddam complecti voluisse videtur Paulus: significat enim tantum abesse, ut possit patronus ex superiore stipulatione agere, ut etsi ultro ei ex ea stipulatione solutum sit a promissore per errorem probabilem, tamen illi ea solutio non prosit: quod valet, solutum ei condici posse, quasi nec natura ei debeatur, ut supra quoque ostendimus. † Quam utiliter autem pa- 59
ciscatur filius, aut filia patri, matrive, quorum in potestate non sunt, in persona filiæ docet Papinianus in *L. inter, §. filia, supra, de pac. dot.* his verbis: *filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos redderetur: pacto filiæ nulla matri quæritur actio: si tamen heres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio.* Non dicit matri non quæri actionem, sed nullam quæri: quo et directa, et utilis, et si qua alia Iure Civili intelligi potest, excluditur. Idem confirmat Paulus in *L. debitor, §. ult. supra ad Trebel.* Non alia matris caussa est, paciscentis aut stipulantis liberis suis. Ut, si paciscatur, ut dos a se data filiis suis restituatur, si ipsa in matrimonio decessisset: in qua specie cum quæreretur, an liberi conditione existente ex eo pacto dotem petere possent, cautum est in *L. pactum, C. de pac. con.* nisi liberi ipsi dotem sibi reddi essent stipulati, neque ma-

trem

trem illis potuisse actionem quærere, neque illos petitionem posse exsequi. Quod de pactione matris in supra scripta specie cautum est, hoc idem scriptum legimus de patris stipulatione in *L. si genero*, *C.* de iur. dot. *Si genero*, aiunt Imperatores, *dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto* (emancipatum filium alloquuntur, qui patrem cum ea filia, de qua loquuntur, communem habuit) *stipulatus est: nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quærere potuit actionem.* Sed quoniam in utroque rescripto de utili actione nihil scriptum aperte est, dubitari potest, an nihil ea verba quæ supra scripta sunt, impediant, quominus utilem saltem ex utriusque parentis conventione dari intelligamus. Et si utilem dari posse intelligerent Imperatores, expressissent, ubi maxime conveniebat id intelligi, ne incertum aut potius delusum dimitterent consultorem. Non enim an filio directa esset actio quærebat, sed an esset aliqua: ad quam consultationem qui apte respondere vellent, respondere debuerunt actionem omnino non competere. Scio in *L. pater*, *C. de pac. con.* dici patrem paciscendo liberis actionem illis quærere non potuisse, ubi tamen adiicitur, etsi Iure Civili hoc ita est; tamen ex æquitate accommodandam utilem actionem. Sed an ideo in superioribus rescriptis intelligimus utilem relinqui? Imo hic unus locus arguit maxime, cum in illis superioribus simpliciter dicitur, patrem matremve sua conventione actionem filio quærere non potuisse; ibi intelligi debere omnem actionem denegandam: quia cum utilis danda est, ea nominatim excipitur quod in superioribus rescriptis factum non est. Neque vero in illis aliter facere debemus, quam ut cum interroganti, an aliqua sit actio, respondetur actionem non esse, intelligamus omnem denegare, idest, et directam et utilem: id enim et verbis, et sententiæ convenit. Verba generalia sunt: proinde generaliter de omni actione accipienda, argument. in *L. item veniunt*, *§. petitam*, *ver. a quo*, *supra*, *de hered. pet.* *L. si servitus*, *supra*, *de ser. urb. præ.* Sententiæ ratio postulat, ut ea capiatur interpretatio, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *supra de legib.* Est autem maxime vitiosum, si quis interrogatus, an nulla actio competat, respondeat unam aliquam non competere, de reliquis quæ vere competebant, sileat, de quibus tamen interrogatus erat: quod nihil aliud est, quam ad interrogatum non respondere. Sed nihil vitiosus, quam si verbo generali negès actionem quæri posse, ubi secundum verba omnis actio excludatur; et tamen directam intelligas, non utilem; ut sic non solum silentio tuo incertum dimittas consultorem; sed etiam generalitate verbi deceptum in errorem inducas. Sed et in L. *si genero*, *C. de iur. dot.* quam actionem intelligant Imperatores filio ex paterna stipulatione quæri non posse, ex præcedentibus facile intelligi potest. Nam eodem contextu eademque structura orationis aiunt patrem nec sibi cessante voluntate, nec filio cessante iure quærere potuisse actionem. Quam vero actionem intelligunt patrem sibi quærere non potuisse? perspicuum est hoc eos intelligere, non potuisse acquirere sibi ullam actionem, id est, nec directam, nec utilem. Quapropter in eodem verbo quod simul ad filium referatur, eandem actionem intelligant oportet. Est enim absurdum, ut commune verbum ad duos pariter relatum, in altero utramque actionem contineat, in altero solam directam, ut est in *L. 4. §. 1. supr. de vul. et pu. subs.* Movent tamen in contrariam partem nonnulli loci, quibus ex stipulatione et conventione patris actio filio dari videtur; interdum directa, nonnunquam utilis. Ego autem illis ipsis locis adducor maxime, ut putem ex conventione patris filio actionem quæri non posse. Primum receptum est patronum recte stipulari a liberto operas sibi, liberisque suis, et quidem ita ut dicatur hæc stipulatio pervenire, seu pertinere ad liberos. *L. 5. supr. de op. lib.* Quibus verbis significatur transire eam ipso iure ita, ut transit defuncti stipulatio ad eius heredes. *§. si quis ita*, *supr. ead. L.* Sed nihil hoc ad probandum patrem stipulari posse filio, ut inde filio saltem utilis actio acquiratur. Iam primum singulare ius est in operis: quia æquum sit, ut quem honorem debuit libertus tanquam libertus patrono, hunc eundem habeat et patroni liberis in memoriam et gratiam patroni: Unde et quæ iura tribuuntur patrono in successione liberti, eadem tribuuntur et eius liberis. *L. 1. §. liberos*, *supra*, *si a patre quis ma. sit.* Una hæc res maxime declarat, quia ius singulare sit, non esse producendum ad res cæteras. L. *quod vero. et L. ius singulare*, *supra*, *de legib.* Tum autem hæc ipsa operarum stipulatio eiusmodi est, ut non ideo perveniat ad liberos, quia patronus stipulatus sit liberis, sed tantum pervenit, quia stipulatus est sibi. Nam etsi sibi stipulatus esset, non adiuncta liberorum persona; tamen stipulatio mortuo patre pertineret ad li-

liberos, non ut heredes, sed ut liberos. Siquidem et ex æquis partibus ex ea stipulatione actionem habent, tametsi ex inæqualibus partibus instituti sunt. *L. ut iurisiurandi*, §. *si liberi*, *supra*, *de operis libert.* quod fit contra divisionem rerum inter heredes receptam. *L. ea quæ*, *C. famil. erciscun. L. inter*, §. *an ea*, *supra eod. famil. erciscun.* et quamvis patri heredes non sint, dummodo non sint exheredati, tamen actionem habent ex ea stipulatione. *L. cum patronus*, §. 1. *supra*, *de operis libert.* Supervacua igitur liberorum adiectio, sine qua nihilominus idem iuris futurum esset. *L. Cornelius*, *supra*, *de her. inst.* Proinde nec pertinet quidquam stipulatio ad regulam: cum appareat hinc actionem acquiri liberis non ex eo, quod patronus stipulatus est liberis, qui pro non adiectis habentur; sed ex eo, quod stipulatus est sibi. Ius stipulari sibi neminem vetat, etiamsi iure transferatur ea stipulatio ad alios: sed vetat quemquam stipulari alteri, ut inde illi actionem acquirat non aliter actio-
60 nem habituro. † Legimus præterea ex pactione et stipulatione patris interdum actionem utilem liberis acquiri, ut in *L. Caius*, *supra*, *solut. matrim.* et *L. pater*, *C. de pact. conven.* sed tum, cum pater non rem quamlibet, sed dotem, et quidem a se datam nomine filiæ, stipulatur reddi non quibusvis, sed aut filiæ ipsi, cuius nomine dos data erat, quod fit in specie dictæ L. *Caius*: aut stipulatur reddi ipsius filiæ liberis, de quo in *dict. L. pater.* Sed an ideo effici putamus patrem eodem modo stipulantem dotem reddi filio, etiam filio acquirere actionem? atqui id negatur in *dict. L. si genero*, *C. de iur. dot.* Ego vero non aliis locis magis, quam illis duobus probari puto, si quid pater stipuletur filio, quod cuivis extraneo æque stipulari non posset, ex ea stipulatione nec utilem actionem filio acquiri, etiam si dotem dando stipuletur eam illi reddi. Cur enim placet patrem non plane inutiliter stipulari dotem reddi filiæ? caussa una expressa est in dict. *L. Caius*, *in fi.* solut. matrim. *favore nuptiarum*, inquit Paulus, *et ne mulier commodo dotis defraudetur*, *ad id decurrendum est.* Si pater stipuletur dotem reddi filio; neque in eo versatur ullus nuptiarum favor, cum filii nomine dos non detur; neque minus mulier, cuius nomine dos datur, defraudatur commodo dotis. Dicendum est igitur, in quo superioris iuris ratio cesset, ad eum nec ius superius pertinere; ideoque nec utilem pactionem ex pactione patris illi acquiri, argument. in *L. quod dictum*, *supra de pac. L. in omnibus caussis id*, *infra de regul. iur.* Contra favor nuptiarum in eo est, ut quæ dos datur filiæ nomine, hæc illi conservetur: qua fiat videlicet, ut vel iterum possit mulier nubere, si sit opus; vel si in eodem matrimonio decedit, saltem huius dotis commodum possit pervenire ad fœtus matrimonii, idest, ad liberos ex eo matrimonio susceptos, quorum caussa, et matrimonium, et dos instituta sunt. *L.* 1. *supra*, *solut. matrim.* Eo fit, ut quemadmodum filiæ dotem reddi recte stipulatur pater; ita placeat eum recte stipulari ea defuncta ipsius liberis, ut utrobique et filiæ, et liberis acquiratur actio utilis. *d. L. pater*, *C. de pac. con.* Animadvertendum est præterea, cum dicitur ex conventione patris, vel avi utilem actionem acquiri filiæ, aut eius liberis; ibi dici, ubi dotis actio prius quæsita est patri. Nam in *L. Caius*, pater sic stipulatur filiæ, ut simul stipuletur sibi: stipulatur enim sibi aut filiæ; ubi ipsi et stipulationem et actionem et Iure Civili acquiri constat. §. *plane*, *Instit. de inutil. stip.* In specie autem *L. pater*, *C. de pac. con.* etsi ita dat dotem pater, ut paciscatur eam reddi non sibi, sed solum filiæ liberis: tamen non minus eius dotis actionem sibi acquirit. Cum enim pater dotem dat filiæ nomine, ipsa datione citra aliam cautionem, ut mulieri acquiritur dotis actio, ita acquiritur et patri, si in matrimonio filia decesserit: in eoque patri succursum est iure, ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret. *L. iure*, *supra*, *de iure dot.* et hoc hactenus, dum modo non aperte stipuletur dotem alii reddi, quam filiæ: alii enim si stipulatur, declarat se sibi actionem quæri nolle, eoque nec quærit, ut est in *d. L. si genero*, *C. de iure dot.* Neque eo minus dotis actio relinquitur integra filiæ: hanc enim actionem ut in se transferat pater, ipsum sibi eam stipulari aut pacisci oportet, non alii. *L. unica*, §. *accedit*, *C. de rei uxo. act.* Iam vero cum paciscitur dotem reddi filiæ liberis, perinde haberi debet, ac si filiæ pacisceretur: in persona enim liberorum ipsi filiæ videtur acquiri: cum etsi matri cauta, atque adeo quæsita dos esset; tamen hic esset exitus, ut matre mortua per eam dos rediret ad liberos. Ita fit, ut liberis filiæ stipulando, paciscendove, non minus actionem dotis habeat, quam si hac pactione non interposita dotem dedisset. Quorsum hæc? ut intelligatur, quia pater in utraque specie superio-

re

re sibi prius actionem acquisivit, potuisse eum iure publico sic eam conferre in alium paciscendo, ut ei alii acquireretur saltem utilis, de quo paulo post plura. At si idem stipuletur filio, aliive extraneo dotem reddi, cum supra probaverimus eum sibi dotis actionem non quærere, quia cesset voluntas: contraria nimirum de caussa efficitur ex ea paterna conventione dotis actionem etiam utilem ne filio quidem acquiri posse. Atque hæc etiam in caussa dotis ita sunt, quam et pater ipse dat, et in cuius datione paciscitur eam reddi vel filiæ, vel ipsius filiæ liberis nepotibus suis. Ex quo intelligi debet, quæcunque res sint aliæ, quas pater non a se profectas stipuletur reddi liberis, sed stipuletur a principio illis dari, in ea caussa esse stipulationem, ut sit inutilis et filio et filiæ: adeo ut nec utilis inde actio eis acquiratur. At enim scriptum est in *L. quodcunque*, §. *si ita quis*, infr. eod. *Si pater ita stipulatus sit, post mortem meam filiæ meæ dari*, utiliter eum stipulatum. Nego his verbis significari patrem filiæ quidvis stipulari posse post mortem suam. Sed hæc solum sententia est, quibus in caussis pater stipulari potest filiæ: in his si addiderit, post mortem suam. Non minus eum recte stipulari, quam si se vivo dari stipulatus esset: non enim de rebus, quas possit pater stipulari filiæ, agitur in *dict. L. quodcunque*, §. 1. *et seq.* sed de illis verbis, *dari post mortem meam meæ filiæ*, quam utiliter scilicet adiiciatur stipulationi. Quinimo quod exemplo filiæ, non filii Ulpianus illic utitur, evidenter ostendit esse, quod pater utiliter stipuletur filiæ, ut dotem a se nomine eius datam ei reddi: non esse autem, quod utiliter stipuletur filio, nisi quod et cuivis extraneo non inutiliter stipularetur. Alioqui si pariter ambobus recte stipulari posset, cur uteretur exemplo filiæ, non filii: cum nomine filii etiam filiæ intelligi potuerint: contra autem exemplo pessimum habeatur fæminino vocabulo etiam masculos contineri? *L. si ita scriptum*, *supra*, *de leg.* 2. At etiam in *dict. L. Caius*, *solut. mat.* scriptum est utilem actionem ex avita conventione permittendam esse filiæ, maxime propter affectionem personarum. Est hæc quidem una ratio eius sententiæ illic reddita, fateor: sed non sola; verum illa præterea, ne commodo dotis defraudetur mulier, et quia hoc exigit ille, quem Paulus dicit nuptiarum favor sed et illa personarum affectio, quam nominat, non facit in ea specie, ut possit pater actionem utilem ex ea conventione filiæ acquirere; sed ut existimetur quærere voluisse, quod contra dici debere videbatur: stipulatus enim erat pater dotem reddi sibi, aut filiæ. Quo ex genere stipulationis secundum regulas iuris obligatio et actio stipulanti acquiritur: adiectio autem extranei id proficit, ut solutio tantum in eius personam collata videatur. §. *plane*, *Instit. de inutilib. stipulationib.* Id Paulus removens ostendit supra scripta stipulatione avum existimandum esse, non solutionem tantum in filiam, sed etiam ius dotis ultro petendæ conferre voluisse: id autem recte defendi affectione patris erga filiam. Sed an volens pater dotis actionem quæri filiæ, id possit efficere, amplius quærebatur: quod ille effici posse ait, et ad hoc probandum referri oportet nuptiarum favorem. Esto tamen, dixerit aliquis; non possit ex stipulatione patris utilis actio quæri alii, quam filiæ, aut filiæ liberis: idque etiam in caussa dotis a patre profectæ. At saltem hoc relinquetur, hanc superioribus ex patris stipulatione quæri posse. Proinde vel hanc speciem saltem a regula iuris exceptam oportuit. Non ita est: quod enim supra attigi, id tenendum est, cum quis rem suam alicui tradit, et in traditione rei hanc legem dicit, ut res restituatur alteri, sic ius commune esse, ut si is qui tradit, ex ea traditione prius sibi actionem quæsivit, non prohibeat regula iuris, quominus simul etiam ex ea pactione utilis extraneo, in quem restitutio collata est, detur actio. Quod si verum est, non fuit caussa, cur exciperetur, quod non exceptum regulæ non adversatur. Denique hoc dico non fuisse in ea caussa excipiendum patrem potius, quam cæteros: cum et quivis extraneus rem suam ea lege dando, ut alteri reddatur, efficiat, ut ei quæratur actio utilis, si modo de eadem re reddenda prius sibi actionem quæsierit: de quo, ut dixi, postea. Videndum est tamen, dicat hoc loco aliquis, ne nobiscum pugnantia loquamur, cum ex superiore pactione reddendæ dotis, dicimus iure cæterorum aliis de rebus paciscentium communi utilem actionem quæri filiæ; qui prius dixerimus fieri id favore nuptiarum, et ne mulier defraudetur commodo dotis. Si fit iure communi, non fit favore nuptiarum: cum etsi de re alia quavis, quam de dote sua mulieri reddenda agatur, sit utilis actio. Aut si propter nuptias in dote solum id receptum est; perspicuum est id ius neque ad cæteros stipulatores paciscentesve, neque ad cæteras caussas pertinere. Sed quod in supra scriptis duabus caussis quæritur filiæ, eiusve liberis utilis actio, uti

uti in eo duo sunt, quæ filiæ et liberis tribuuntur: ita recte et consentanee dicitur quæri hanc actionem partim iure cæterorum communi, partim singulari, et favore nuptiarum. Duo hæc sunt, et quod quæritur utilis actio filiæ, et quod quæritur soli filiæ. Quod filiæ quæritur, ex eo est, quod pater dotem dedit hoc pacto interposito, ut filiæ redderetur, prius tamen actione dotis sibi quæsita. Commune hoc ius est cum cæteris, qui rem aliam suam quamlibet ita dant, ut restituatur alii; ut indicat L. *pen.* *C.* *ad exh.* *L.* *quoties*, *C.* *de dot. quæ sub mod.* et similes loci, de quibus mox. Sed ut hic quæritur filiæ actio utilis: ita soli filiæ quæri potest. Sic enim placuit, ut supra dixi, patrem pacisci posse dotem, quam ipse dat, alii reddi, quam mulieri, dum paciscatur reddi sibi: alii autem stipulando, paciscendove actionem dotis mulieri adimere eum posse non placuit. *L.* *unica*, §. *accedit*, *C. de rei uxo. ac.* Hoc vero singulare ius in dote, nuptiarum favore constitutum, et ne mulier dotis commodo defraudetur. Summam hanc esse volo de stipulatione et conventione patris: Si quid pater stipuletur liberis, quos in potestate non habeat (nam de his agimus) præter dotem a se profectam; ipsum ne utilem quidem actionem his acquirere, in quibus caussis cuivis extraneo non acquireret; nec obstare stipulationem operarum, quas ipse recte stipuletur a liberto sibi, liberisque suis; quoniam magis hæc stipulatio liberis acquiratur, quia patronus sibi stipulatus sit, quam quod stipulatus sit liberis. Quod ad dotem attinet, posse patrem pacisci, stipularive eam reddi liberis; sed prius a se datam nomine filiæ, et eam, de qua reddenda sibi prius actionem acquisierit, vel eam sibi nominatim stipulando, vel hoc ipso; quod dedit nomine filiæ, iuxta *L. iure succursum*, *sup. de iur. do.* et præterea quam stipuletur, aut paciscatur reddi non cuivis ex liberis; sed aut filiæ, cuius nomine data erat ex *L. Caius*, *sol. mat.* aut (quod idem valet) eius liberis ex *L. pater*, *C. de pac. con.* Quamvis autem in hac specie utilis actio recipiatur: tamen ne hoc quidem pugnare cum regula, quam tractamus, quia hic prius pater sibi caveat; nec sit novum, ut cuius rei obligationem sibi quis paravit, is eam rem alteri stipulando aut paciscendo, actionem quam habet, si non directam, at certe utilem in eum, cui cavit, transferat.

61 † Quæ si in procuratoris, liberti, filii, matris denique et patris cautionibus vere dicuntur; non est, ut dixi, quod dubitemus multo magis idem ius esse in aliorum omnium stipulationibus et pactionibus, quibus cavetur alteri. Proinde recte in universum ita definiri, cum ab his tribus generibus, quæ excepimus, discesseris, quisquis stipuletur, aut caveat alteri, non sibi; adeo hic iure nihil agi, ut ex ea cautione ei, cui cautum est, ne utilis quidem actio acquiratur, nam et in superiorum stipulationibus idem fieret. † Quid ergo sibi 62
vult, quod tam multis locis legimus, ex stipulatione procuratoris utilem actionem domino acquiri? ut *L. damni*, §. *ult. supr. de dam. inf. L.* 5. *inf. de præt. sti. L. in caussæ*, *in fin. et L. seq. supr. de proc.* Neque hoc tantum de procuratoris stipulatione receptum est, sed etiam de pacto cuiusvis extranei, etiam qui procurator non sit, si quod is in traditione rei a se traditæ interposuit, cavitque, ut ea res restitueretur alii, ut *L. pen. C. ad exhib. L. quoties*, *C. de donat. quæ sub mod.* Et diligenter expendantur superiores loci omnes: reperiemus in his tum ex stipulatione procuratoris actionem dari, cum ipsa per se stipulatio valet, idest, cum in persona procuratoris constitit, quod fit, cum ipse sibi est stipulatus; idque præcipue intelligi potest ex dict. L. *in caussæ*, §. *ult. et L. seq. supr. de proc.* Quod si non sibi stipulatus erit, sed domino, verbis stipulationis in personam domini collatis, qua de re nunc agitur: sciamus ita nullam esse stipulationem, ut ne hinc quidem domino acquiratur actio utilis. Hoc illud est, quod definitur in *L. quæcunque gerimus*, *supr.* de obl. et act. *Quæcunque gerimus*, *cum ex nostro contractu originem trahunt*, *nisi ex nostra persona obligationis initium sumant*, *inanem actum nostrum efficiunt*: *et ideo neque stipulari*, *neque emere*, *vendere*, *contrahere*, *ut alter suo nomine recte agat*, *possumus.* Cum stipulatur quid procurator, ex contractu eius originem trahit, quod gerit. Si ex eius persona initium obligationis sumat, dum scilicet stipulatur sibi: valet stipulatio omnino, et is directam actionem sibi acquirit, quantumvis in re domini id faciat, atque adeo ipsius nomine. *d. L. in caussæ*, *in fin. et L. seq.* Sin res obligationis initium sumat ex domini persona, quod fit, dum procurator stipulatur ei dari, aut fieri: tum ex regula supra scripta inutilem actum efficit. Ex inutili stipulatione nulla quæritur actio, neque ipsi, cessante voluntate, neque domino prohibente iure, ut scriptum est in *L. si genero*, *C. de iur. dot.* Ex utili sic ei directa actio quæritur, ut quæ primo illi recte quæsita est, et ita personam habuit, in qua consiste-

steret, possit ab eo in dominum transferri: directa quidem, volente procuratore, si eam cedat; *L. possessio quoque*, §. *ult. sup. de acq. poss.* utilis autem etiam invito eo. Sed hoc posterius quibusdam in caussis tantum receptum est, non semper. Est autem receptum in summa in caussis tribus. Primum si stipulatus sit procurator ex re domini: veluti si re domini vendita stipulatus sit eius rei pretium. *L. quod procurator*, *sup. de proc.* æquum est, quod a domino proficiscitur, id ad eum reverti: ut de bonis a patre profectis scriptum est in §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Hinc est, cur ex stipulatione procuratoris detur domino utilis actio de eo, quod procurator in iudicio stipulatus est: quo in genere sunt exempla *d. L. in caussæ*, §. *ult. et L. seq. de proc.* Altera caussa est, si procurator stipuletur quid domino præsente, quamvis non ex re eius. *L. si procuratori*, 79. *infr. eod.* quasi in eo quod domino præsente geritur, hæc mens sit et cogitatio contrahentium, ut quemadmodum dominus se, id quod geritur, ad se pertinere velle præsentia sua confirmat, ita contrahentes quod illius nomine geri, quodque illum in ea re velle intelligunt, pariter ad illum velint pertinere. Tertiam caussam utilitas et necessitas peperit. Ea caussa est huiusmodi, si res domino aliter salva esse non possit, quam si ex stipulatione procuratoris detur ei saltem utilis actio: est enim æquum rem domino non perire, cuius nomine gesta est. Hoc est, quod legimus actionem competere domino ex stipulatione procuratoris, sed caussa cognita, ut id *d. L. damni*, §. *ult. supr. de dam. inf. et d. L.* 5. *infr. de præt. stip.* Hoc enim interpretor, in caussæ cognitione versari, si aliter domino res servari non possit: quod ita fit, si procurator absit, eoque non possit actionem directam domino cedere, aut præsens nolit cedere, et utroque casu non sit solvendo: quod in contractibus institoris primo receptum, ut est in *L.* 1. §. *ult. et. L.* 2. *sup. de inst. act.* postea huius exemplo ad procuratoris contractus translatum est, ut declaratur in *dict. L.* 5. *infr. de præt. stip. et L. Iulianus*, §. *si procurator*, *supr. de act. em.* Hæc de

63 procuratoris stipulatione. † Quod attinet ad eum extraneum, qui ne procurator quidem sit; legimus etiam ex huius pacto, quo alteri cautum sit, interdum alteri utilem actionem dari; sed tunc solum, cum is, qui paciscitur, rem suam dat, cuius et recipiendæ nomine ab eo, cui dat, sibi actionem acquirit, et nihilominus in re danda paciscitur eam alii restitui: utputa, rem quam apud se quis habebat, commodavit alicui, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam rem domino cuius erat, restitueret. Hic placet ei cui cautum est, utilem actionem dandam commodati, vel depositi. *L. pen. C. ad exhib.* Neque res consistit in hac specie, quasi quidquam ad rem pertineat, quod qui commodavit, aut deposuit, paciscitur rem suo domino reddi, non alii. Nam etsi quis rem suam donaverit ea lege, ut donatarius eam alii, qui dominus non erat, restitueret: placuit ei, cui cautum est, utilem actionem dari. *L. quoties*, *C. de donat. quæ sub. mod.* Cur ergo in his caussis hæc ita admissa sunt ex eius pactione aut stipulatione, qui plane sit extraneus? Quia animadvertendum est in his non novam actionem pacto alteri acquiri; sed eam, quæ prius in persona paciscentis recte et secundum regulas iuris constiterit illi suo nomine quæsita, voluntate eius in alium ita transferri, ut is, in quem confertur, utilem tantum actionem eo nomine habeat. In priore specie qui commodavit, ex commodato commodati: qui deposuit, ex deposito depositi actionem sine alia conventione sibi acquirit, quamvis maxime rem alienam commodaverit; aut deposuerit. *L. commodare*, *et L. seq. supr. com.* Consistit ergo in persona eius hæc obligatio, nec ex alterius persona sumit initium. Eiusdem rei nomine actio utilis ex pacto commodantis, aut deponentis alteri acquiritur, at quæ? utrum nova? imo prior illa commodati, et depositi, quæ commodanti aut deponenti quæsita erat; sed utilis tantum, cum directa paciscentibus competeret, et ideo in *d. L. pen. C. ad exhib.* ex pacto deponentis non datur actio præscriptis verbis ei, cui res ex pacto restitui debet; quæ tamen actio ex eiusmodi pactis in traditione rei nostræ interpositis nasci solet; *L.* 5. §. 1. *supr. de præs. ver.* sed datur utilis depositi: eadem illa nimirum, quæ ipsi deponenti suo nomine fuerat quæsita. Similiter et ex conventione eius qui donavit, datur utilis actio ei, cui ex pactione res restitui debuit: sed diserte additum est in dict. *L. quoties*, *C. de do. quæ sub mo.* eam dari quæ ipsi donatori, aut heredibus eius competeret, idest, condictionem: hæc autem donatori ex hac caussa nascitur. Nam qui rem donat hac lege, ut reddatur alteri, is rem dat ob caussam, ut id quod dixit, postea sequatur: quod si non sequitur, huic condictio est rei ob caussam datæ caussa non secuta. *d. L.* 5. §. 1. *de præs. ver. L. lege L. dictam*, *C. de cond. ob. can. dat.* Hæc ergo donatori quæsita, sic danda

de voluntate eius ex pacto transfertur in
64 alterum, cui pactus est. † Non dissimilis caussa est eius stipulationis, de qua agitur in *L. pater*, *C. de pac. con.* de qua et supra commemoravimus, cum scilicet pater dotem a se filiæ nomine datam, paciscitur filia defuncta restitui eius filiis nepotibus suis. Nam, ut diximus, ex hac datione prius patri qui dotem dedit, acquiritur de dote actio, sive filiam in potestate habuit, sive non habuit. L. 2. *sup. sol. ma. L. iure succursum, supr. de iur. dot.* Hæc ipsa actio utilis eius nepotibus dabitur, non nova, si modo superiorum caussarum exemplum sequi volumus, ut debemus: est enim in omnibus negotium, et ratio eadem. Non mirum, si et hic quoque quæ actio in persona patris prius constitit, et eius fuit, ea pacto eius ex æquitate transit in alterum, idest, utilis; multoque magis eadem dicemus, si pater nominatim stipulatus sit dotem sibi reddi, una et filiæ, aut eius liberis, ut fit in specie L. *Caius*, *supr. sol. mat.* Quæ omnia non iure singulari aliquo et favore personarum, aut dotis constituta
65 sunt, sed publico iure et communi: † quo receptum est, ut ex omni caussa, ex qua Iure Civili res transferri solent, actio quævis alicui competens ad alium transire possit, ut is utili actione experiatur, si creditor hoc animo sit, ut ex ea caussa actio in alterum transferatur. Hoc enim fit, si quis actionem vendiderit: L. *postquam*, L. *ex nominis*, *C. de her. vel act. vend.* si legaverit: L. *ex legato*, *C. de lega.* si in solutum dederit: *L. ult. C. si fis. vel priva.* Sit ergo idem iuris, et si quis actionem, quam habet, ad alium pertinere velit liberalitatis et donationis caussa: quod fit non in eo tantum, qui donavit ea lege, ut res redderetur alii: sed etiam in cæteris caussis, in quibus qui dedit quid ex alia caussa, paciscitur, ut id restituatur alii donationis gratia. Sed quid refert, dixerit aliquis, ut adversus eas regulas, quæ initio positæ sunt, committatur, quomodo procuratoris, aut cuiusvis extranei opera acquiratur alii actio, si acquiritur? an non enim hoc modo semper verum erit extraneum alteri stipulari, et ei actionem acquirere? quorum utrumque illis regulis
66 pariter adversatur. Minime: † is enim dicitur stipulari alteri, non qui stipulatur sibi alterius nomine, idest, qui stipulatur sibi id, quod a se deinde in alterum transferat: sed qui stipulatur recta alteri, idest, qui stipulatur nominatim alteri dari, aut fieri, seu ita, ut alteri debeatur, alter agat suo nomine. §. *si quis alii*, *Instit. de inut. stip. L. quæcunque gerimus*, *supr. de ob. et*

ac. † Sed et cum acquirit quis sibi actio- 67
nem, facitque sua voluntate, ut possit deinde ea uti alius; non tamen dicitur alteri actionem acquirere, sed eam quam habet, in alium transferre: inter quæ multum interest. Nam cum tibi rem meam vendo et trado, non eam tibi acquiro, sed tu tibi, etiam si eam in te transferam. At si cum alius tibi vellet tradere, ego tuo nomine mihi traditam accipiam; hic demum dicor tibi acquirere possessionem, ubi eam non a me accipis, sed ab alio, opera tamen mea, et quasi ministerio interposito. L. 1. §. *per procuratorem*, *supr. de acq. pos.* In summa actionem cuique recte quæsitam in alium transferre, ut alter suo nomine utilem habeat, non modo ius non prohibet, sed æquum et usitatum est admittere. Ad hanc rationem pertinent et patris, et procuratoris, et cuiusvis extranei tum stipulationes, tum pactiones, ex quibus alii actionem utilem acquiri ante diximus. Alteri autem stipulando, paciscendove, ei actionem acquirere, seu efficere, ut ab illius persona initium capiat obligatio, id est, quod regula iuris vetat, nec ulla admittit æquitatis ratio. Adversus hanc rationem nihil peccatur superioribus illis pactionibus, omninoque illæ ad hanc speciem non pertinent: proinde nec ab hac regula, qua non continentur, excipiendæ fuerunt. Ergo cum stipulatio aut pactio in alium confertur, semper inutilis stipulatio, et pactio est? Effectum est superioribus, eoque illa omnia pertinent, ut constet, cum tria illa genera stipulantium, aut paciscentium, de quibus dictum est, exceperis, plane esse inutilem, et quod dicitur in §. *si quis alii*, *Inst. de*
inut. stip. nihil agi. † Quod tamen sic erit 68
accipiendum, ut intelligatur esse inutilis ei alteri in quem collata est, ut quidem ei obligatio aut actio, aut quidquam aliud inde acquiratur, uti fieret, si ille sibi esset stipulatus. Eamque sententiam esse regulæ iuris, cum dicimus, neminem alteri stipulari posse, illæ aliæ, quæ sunt de hoc genere, declarant, quarum altera per liberam personam alteri obligationem et actionem acquiri vetat: §. *ex his*, *Inst. per quas per. L. si ita quis*, §. *Chrysogonus*, *infr. eod. L. solutum*, §. *per liberam*, *supr. de pig. act.* altera vetat stipulari, contrahere, ita ut alter suo nomine agat. *L. quæcunque gerimus*, *sup. prox. tit.* Hoc diligenter moneri cum ad regulam recte interpretandam valet, tum ad ius plurimum conducit, non sic prohiberi nos alteri stipulari, quasi alterius expressio non possit ulli aut ad rem aliquam esse utilis; sed ut non pos-

possit esse ei, cui cautum est, ut ei quid acquiratur. Cæterum sive id agatur, ut ea expressio prosit uni ex contrahentibus, sive hoc efficiat, ut prosit quidem ei, cui cautum est, non tamen quo ei acquiratur; horum utrumque quominus admittatur, regulam iuris non esse impedimento. Hinc est, quod placet ita nos recte stipulari, mihi aut Titio dare spondes? dum videlicet stipulatio ita accipitur, ut mihi soli secundum regulam iuris acquiratur obligatio, Titio nihil: neque tamen ideo Titii adiectio sit inutilis; quia hoc præstet, ut promissor quamvis mihi debeat, tamen Titio possit solvere etiam me invito, ut liberatio ipso iure contingat. §. *plane*, *Inst. de inut. stip. L. vero*, *infr. de sol.* Et hoc est, quod dicitur in *d.* §. *plane*, ideo [1] valere hanc stipulationem, quia non stipulatio, seu obligatio stipulationis in Titium conferatur, sed solutio dumtaxat: hanc autem in extraneam personam conferri posse. Verbis quidem stipulor Titio decem itidem ut mihi: sed dum ius vetat Titio obligationem acquiri, saltem hoc relinquitur, promissori, quod ei dat lex et conventio stipulationis, ut possit vel mihi vel Titio solvere, ac proinde Titio, si velit. *d. L. vero*, *de sol.* Neque vero, ut dixi, quominus id fiat, regula iuris prohibet. Nam hoc modo Titio nihil acquiritur, ac ne solutio quidem: solvet enim promissor Titio, si velit; si nolit, non cogitur: liberum est ei, potius mihi, cui iure obligatus est, solvere: et quamvis solverit Titio; non ideo tamen propter stipulationem Titio acquiritur. Non enim obligationis necessitate coactus promissor illi solvit; sed quia voluit. Negari tamen non potest Titii adiectionem esse utilem, ex qua facultas Titio solvendi nascitur: sed acquiritur hæc promissori, non Titio adiecto. Regula iuris in extraneam personam quidquam iuris conferri, quod ei acquiratur, vetat: iis autem, inter quos negotium geritur, non modo non vetat quid ex conventione acquiri; sed etiam hac una de caussa inventæ sunt stipulationes et conventiones iure, ut quis acquirat, quod sua interest, ut hoc loco; quem tractamus, scriptum est, et in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Hac autem specie admissa, quæsitum est et de potestate solvendi Titio, quam hac stipulatione induci
dicimus: et propter affinitatem stipulationis
quid iudicare deberemus de illa stipulatione,
mihi et Titio dare spondes: in quo de
vi utriusque stipulationis quæritur. De his
scripsi ad *L. cum quis*, 55. Ne hoc quidem,
ut dixi, regula iuris repudiat, ut
dum alteri stipulamur, aut paciscimur, stipulatio
aut pactio possit ei, cui cautum
est, esse utilis, dum ei inde nihil acquiratur.
Et quomodo potest illi prodesse cautio,
quæret aliquis, ut illi nihil acquiratur?
si pactione efficiatur, ut ius extraneæ
personæ quod habuit, integrum servetur,
non ut illi acquiratur novum. † Hinc illa
pactio creditoris cum alio interposita, ta- 69
men utilis debitori, cum vendit creditor
pignus hac lege, ut si solverit debitor pecuniam
pretii emptori, liceret ei recipere
rem suam. Debitor, inquit Ulpianus, ob
hanc conventionem vindicare rem poterit.
L. si cum venderet, *supr. de pign. act.*
Ergo illi, dicet aliquis, ob hanc pactionem
actio acquiretur: quod regula iuris non patitur.
Non ita est: vindicationem enim rei
per se et sine ulla conventione ante venditionem
debitor habuit. Non ergo illi quæsita
est actio, quam habuit: sed eam quæ
erat, illi creditor conventione sua integram
servavit, dum cavet, ne pignus aliter emptum
sit, quam ut debitori, eidemque domino
suum ius salvum sit ad rem suam
repetendam. Adiicit tamen Ulpianus *ibidem*,
posse etiam debitorem ob superiorem conventionem
in factum actione adversus emptorem
agere. Quod iam videri poterit regulæ
iuris adversari, cum illic actionem
in factum intelligere debeamus actionem in
personam, quam prius debitor non habuerit:
quoniam hæc eo loco ab actione in
rem distinguitur, ut sit nimirum ea actio,
quæ nunc primum acquiratur debitori. Et
est omnino eiusmodi, quæ illi acquiratur:
sed ea quæ prius creditori quæsita sit ipsius
conventione, quæ eadem deinde voluntate
creditoris transeat ad debitorem: verum
ita, ut creditori adversus emptorem hæc
actio sit directa, in persona autem debitoris
sit utilis, quæ ideo in factum ab Ulpiano
appellatur. Ut circa legem Aquiliam quæ
actio dicitur utilis in §. *ult. Inst. de leg.
Aq.* eadem in specie dicitur in factum in
L. boves, *supr. ad leg. Aqui.* Ea est au-
tem

[1]) Quia obligatio iuris, solutio facti Vult. *in d.* §. 4. *n.* 2. et actus plane naturalis, qui recte in alterius personam confertur, Hopper. *d. lib.* 3. *πιθανῶν pag.* 86. Vid. Gomez 2. *Resol.* 11. *n.* 20. Quid si ita: Quod mihi debes, Titio solvere spondes: Hopper. *Lib.* 3. *pag.* 87. non recte collatam esse in Titium solutionem, quia solutio est sui natura accessoria ad obligationem, ac nisi sit a qua vim accipiat stipulatio, adiectio nihil valere potest *L. ult.* §. *ult. de V. O.* Denique illa verborum forma magis respicit ad delegationem quam ad collationem solutionis in aliquem.

tem Ulpiano ex vendito actio adversus emptorem, quam ex supra scripta conventione significaverat Ulpianus creditori competere, ut ille conventioni staret, et cuius nomine dixerat pignoraticiis actionibus teneri creditorem, ut eam mandet debitori. Hæc, inquam, creditori recte quæsita cum ex persona eius initium sumpserit, iure communi fit, ut voluntate et pactione eius ab ipso in debitorem, cuius interest, transferatur, sed utilis, eoque in factum. Itaque acquisitio superiore illa ratione recte defenditur, quam supra exposuimus, quæ est de actione nobis quæsita in alium transferenda, ad eamque omnino referri debet. Redeo ad rei vindicationem, quæ creditori nunquam competiit, eoque nec potest dici ab eo in debitorem transire; et tamen debitori datur ex supra scripta conventione creditoris. Sed hoc, inquam, movere nos non debet: non enim, ut dixi, hic vindicatio debitori acquiritur; sed ea quæ erat debitori creditoris conventione
70 retinetur. † Eandem defensionem habet, quod si quis negotia creditoris gerens interpellaverit eius debitorem, et is moram faciat: placuit debitorem re postea amissa non minus teneri, quam si a creditore ipso interpellatus moram fecisset. *L. si quis solutioni*, §. *mora*, *supr. de usur.* nam alioqui nec paciscendo, nec quovis alio facto per liberam personam alteri actio acquiri potest. *L.* 1. *C. per quas pers. L. solutum*, §. *per liberam*, *supr. de pig. act.* Sed dicendum est in proposito non acquiri ista interpellatione actionem creditori; sed eam, quam eius tum fuisse constat, eo facto illi perpetuari, idest, ita muniri adversus futuros casus, ut nullo interitu rei possit postea extingui. Quanquam et hoc casu dici potest non minus tuto, quam vere, quod eleganter in re simili scriptum est ab Ulpiano in *L.* 3. *in princ. supr. quod vi aut clam.* Etsi fateamur hic actionem creditori quæsitam; non tamen facto alieno ei acquiri, sed ipsius debitoris. Non fecisset debitor moram sine interpellatione extranei. Non tamen quia interpellatus est, tenetur, potuit enim statim solvere: potuit etiam moram non facere, si puta nullam caussam habuit, cur putaret se dare debere: sed tenetur, quia interpellatus sine iusta caussa solvere recusavit. Non igitur ex interpellatione actio creditori nata est; sed ex eo, quod interpellationem secutum est, idest, ex debitoris
71 cessatione et mora. † Quod reliquum est, quando sæpe ad affectionem et votum nostrum pertinet alteri dari, cui cautum voluimus, neque id tamen per regulas iuris ita illi cavere licet, ut ei cautione nostra actio acquiratur: ostensa est hoc loco ratio a veteribus, qua quod quis alteri stipulando recta consequi non potest, id obliqua via consequatur, aut certe non minus sibi consulat. Ea est, ut si alteri dari aut fieri quis stipulatus velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, ut comprehensum est: sic enim fiet, ut nisi id ita factum sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cuius nihil interest. Hoc Ulpianus hoc loco. Idem legimus in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Ergo quod hic dicitur de stipulatione pœnæ committenda, non ita dicitur, quasi pœnali stipulatione confirmetur prior, quæ per se erat inutilis: sed eo spectat, ut intelligatur hac stipulatione interposita adversus incommodum, quod ex regula iuris metuitur, recte stipulanti caveri. Etsi enim non eo magis tenetur promissor, ut id faciat, quod promisit: neque in id quod interest extranei, quia illi actio non quæritur: neque in id quod interest stipulantis, quia eius nihil interest alteri dari; tamen si eo non facto quod cautum est, stipulatio pœnæ committitur, ut committi diximus, non dubium est, quin facturus sit consultus promissor, quod promisit, ne in pœnam incidat: et tamen si ne sic quidem pœnam metuet, saltem pœnæ persecutione stipulanti consultum erit. Nisi quis dicat pœnam ei deberi non posse, cuius nihil interest: quod non ita esse Ulpianus docet. *Pœnam enim*, inquit, *cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit; sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.* Sed quorsum hæc inspici, aut quid ad rem, de qua agitur, facit? nempe inspicitur, quæ sit conditio, ut scire possimus, an exstiterit, nec ne: et eo pertinet sciri, quia si exstiterit, stipulatio committitur: conditione autem impleta inspicitur, quæ sit quantitas stipulationis, ut sciamus, quantum debeatur: quanta enim pecunia stipulatione promissa erit, tantam sciendum est impleta conditione deberi, et peti posse. Ratio sumpta ex vi et
natura stipulationis. † Hæc stipulationis omnis 72
vis et potestas est, ut quod, quantumque in stipulationem deductum est, ita Iure Civili debeatur. §. *de constituta*, *Inst. de act.* In stipulationibus faciendi, si factum non sit, quod fieri debuit, continetur id quod interest. L. *si pœnam*, 68. L. *quoties quis*, 81. *infr. eod.* ut consequens sit in his illud inspici, quid stipulantis intersit: ac nisi eius intersit, nulla sit actio. L. *si quis ab alio*, *supr. de re iud.* In stipulationibus autem

tem dandi, cum aut res certa promittitur, ut fundus; aut certa quantitas, ut decem; qualis est pœna, quæ promittitur, sic ius est, ut iam non quod interest, sed hæc ipsa, quæ certa in stipulatum deducta sunt, semper debeantur ex stipulatione. Si quidem pure promissa sint, statim: sin sub conditione, tum incipiant deberi, cum conditio exstiterit, quæcunque tandem sit conditio. §. *sub conditione*, *Institut. eod.* L. *a Titio*, *infr. eod.* Hoc vero ad probandum in pœna non inspici, quid intersit, id de quo quæritur, ita pertinet. Omnis enim pœna permittitur sub conditione: Atque hæc conditio est, non si stipulantis intersit alteri dari, neque datum sit; sed simpliciter si alteri datum non sit, quod illi dari promissum erat. Ex quo recte colligitur in pœna si factum non sit, quod promissum est, potestate stipulationis pœnalis hoc effici, ut pœna debeatur; quia eius conditio extiterit, etiam si alteri dari stipulantis non intersit. Interim locus de vi pœnalis stipula-
73 tionis notandus est: † in quo de pœnæ stipulatione tria Ulpianum statuere animadvertere possumus. Primum pœnam nos utiliter stipulari posse, etiam tum, cum principalis stipulatio, cui pœna subiicitur, non valet. Deinde hanc impleta conditione deberi et peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, et cuius non facti nomine subiecta erat pœnæ stipulatio. Postremo quantacunque promissa erit pœna, tantam deberi. Quæ an vere dicantur, quæsitum est, propterea quod ex his caussis sæpe legimus inutilem esse pœnæ stipulationem. Et dicuntur in specie, de qua agitur, verissime omnia: utpote in qua nihil sit, quod possit obstare stipulationi pœnæ præter unum aliquod ex tribus illis propositis; aut quod principalis stipulatio non valeat, aut quod nihil intersit, stipulantis, aut quod maior iusto summa stipulatione sit comprehensa. Eorum vero nihil hic obesse stipulationi pœnæ Ulpianus significat: quo nihil est neque in hac specie, neque in omni alia pœnæ stipulatione verius. Sed non ideo omnes stipulationes pœnales utiles, ne quis forte exemplo huius loci ducatur ad idem statuendum de cæteris. Unde igitur hæc varietas in rebus, ut videtur, eiusdem generis et similibus? quia præter ista sæpe incidit aliquid in stipulationem ipsam pœnæ, quod faciat stipulationem inutilem: quod ipsum si incideret in alias quasvis, non minus vitium afferret stipulationi. De quo ut possit constare, breviter quibus in caussis et quamobrem id accidat, dicendum est. Ita etiam quæ stipulationes pœnales valeant, quæque non valeant, semel hoc loco intelligetur. † Et duabus in caussis inutili sti- 74
pulationi principali subiecta pœnæ stipulatio est inutilis; si aut rei turpis stipulationi subiecta sit; *L. stipulatio hoc modo*, *inf. eod.* aut subiecta stipulationi impossibili *L. si homo infr. eod.* An quod principales stipulationes inutiles, ut oporteat stipulationem pœnæ velut accessionem earum conditionem sequi? arg. *L. si eum*, §. *qui iniuriarum*, *supr. si quis caut.* §. *fideiussores*, *Instit. de fid.* Minime. Non enim pœnalis stipulatio accessio est eius stipulationis, cui subiicitur: cum possimus iam a principio decem nobis stipulari, si Titio fundum non dederis, ut conditione impleta non minus decem debeantur, quam si prius stipulatus essem fundum Titio dari. Sed hæc caussa est, quod turpi et impossibili stipulationi subiecta pœnæ stipulatio, fit et ipsa turpis, et impossibilis, ut docui ad *d. L. si homo*, *infr.* ut consequens sit in pari vitio non magis eam valere posse, quam priores. Non eadem conditio stipulationis pœnalis in specie proposita: ubi quæ res priorem stipulationem inutilem constituit; ea non modo cessat in pœnæ stipulatione, sed etiam in contrarium mutatur: ut merito contrariæ caussæ diversum ius exigant. Ideo enim cum stipulatus sum Titio dari, nullius momenti est stipulatio, quia stipulatus sum alteri, non mihi. Valeat ergo subiecta stipulatio pœnæ contraria de caussa; quia pœnam mihi sum stipulatus, non alteri. Sed et cum stipulantis nihil interest, etsi ipso iure semper committitur ei stipulatio: tamen placet interdum agenti ei doli mali exceptionem opponi, ut hoc modo fiat ei stipulatio pœnæ inefficax. Quod tunc fieri diximus ad *L. 2. §. ult. supr. eod.* cum pœnam stipulantis ita nihil interest fieri id, de quo ei cautum erat, ut certum sit natura rei nihil interesse eius, neque pecuniariter, neque adeo ex affectione. Sed intelligendum est non ideo fieri, quia stipulantis non intersit, sed quia id actum sit, ne pœna hoc casu exigeretur. Ac sine consensu non pœnæ tantum stipulatio, sed et quævis alia nulla est: nemo enim stipulatur quid fieri, et nisi factum sit, pœnam: nisi quia cupit metu pœnæ id fieri, quod stipulatus est. Neque vero id agit aut laborat quisquam, ut fiat, quod aut ad utilitatem eius privatam, aut ad affectionem saltem non pertineat. Quo fit, ut in quo nihil horum est,

est, is non intelligatur esse hoc animo, ut eo non facto quidquam exigat. Non enim probandum est, ut velit id fieri, quia libet: ubi promissorem solum oneret, neque in eo sibi aut alteri consulat. At ubi constabit velle stipulatorem id fieri, quod stipulatus est; quod ita fit, si intersit eius vel ex affectione: dicemus semper valere pœnæ stipulationem, quamvis eius nihil intersit, idest, non intersit vere et pecuniariter. Quia quid intersit, in pœna non spectetur; dum constet id actum esse, ut fieret quod promissum est. Id autem accidit in proposito, cum stipulati sumus dari alteri: hominem enim beneficio affici interest hominis. L. *servus*,
75 *supr. de ser. expor.* † Postremo hæc species pœnæ improbatur, cum convenit ut ad diem pretio non soluto, aut alia quavis pecunia debita non soluta, creditori duplum præstaretur. L. *Iulianus*, §. *ibidem*, *supr. de act. em.* An quod pœnæ quantitas ad duplum eius, quod principali stipulatione comprehensum est, progredi non potest? Minime, si præter quantitatem pœnæ nihil extrinsecus accedat, quod vitiet stipulationem; sed quia hoc ipsum vitium incurrit aliunde in specie superiore propter conditionem rei in principalem obligationem deductæ: pecunia enim numerata principaliter debebatur: qua ad diem non soluta si quid promittitur, aut usura est, aut loco usurarum. Iam vero certus modus usuris datus est constitutionibus longe infra duplum sortis, L. *eos*, *C. de usur.* Ita fit, quod subiicitur id *d.* §. *ibidem*: ut dupli pœna ideo illic non debeatur, non quia sit quantitas certa in pœna constituta, quam excedere non liceat; sed quia in ea specie dum pœna usuram legitimam excedit, adiiciatur in fraudem legum; eoque et proprio vitio sit inutilis. Itaque si promittatur pœna in his caussis, in quibus licet promittere sine frade usurarum, ut in proposito accidit: non modo ad simplum, aut duplum stipulari eam licebit; sed et ad triplum, et ad quadruplum; et denique quantum contrahentibus visum fuerit, ut disserui in commentario de eo quod interest, in extremo. Ut semper verum sit, quod hic de quantitate stipulationis pœnalis Ulpianus scribit, in hac inspiciendum esse, quæ sit quantitas stipulationis. Nempe si hoc quæritur, inquam, an ipsa quantitas per se noceat, ac præter quantitatem ipsam, nihil aliunde obstet stipulationi.

Ad §. In stipulationibus.

In stipulationibus cum quæritur quid actum sit: verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

SUMMARIA.

1. *De interpretatione ambiguæ stipulationis, remissive.*

2. *Stipulationis ambiguæ verba contra stipulantem interpretanda sunt, nisi eo modo futurum sit, ut stipulatio sit inutilis.*

1 EAdem definitio, quæ *L. cum quæritur*, *supr. de reb. dub.* de eius sententia, et in universum de interpretatione ambiguæ stipulationis, vide quæ scripsi ad *L. ubi*, *eod. tit. de reb. dub.* Ex hac definitione efficiuntur illa, de quibus, *sup. ad L.* 12.
2 † Illud tenendum erit, regulam semper accipiendam esse cum hac exceptione, ut verba contra stipulatorem interpretanda sint; nisi contra eum interpretando futurum sit, ut stipulatio sit inutilis. Quod cum accidit, verba potius contra promissorem interpretamur: declaratur id exemplo *L. eum*, *qui calendis*, *infr.* quod huc debet referri.

Ad §.

Ad §. Eum qui dicat.

Eum qui dicat, *mihi decem, et Titio decem*: eadem decem, non alia decem dicere credendum est.

SUMMARIA.

1. *Stipulationem hanc: Mihi X. et Titio X. dare spondes? ambiguam contra stipulatorem interpretandam: ita tamen, ut solida X. non quinque mihi debeantur. Singularis auctoris contra omnes Interpretes sententia.*
2. *Stipulatione hac, Mihi X. et Titio X. dare spondes, si non obligatio, solutio saltem in Titium confertur.*

1 QUi ita stipulatur, *mihi decem, et Titio decem* dare spondes: eum, inquit Ulpianus, *eadem decem, non alia decem dicere credendum est.* Exemplum est regulæ superioris. Nam decem mihi, et Titio decem, ambigua oratio est: decem enim pluribus personis nominatim adscripta, possunt pro numero personarum sic accipi, ut alia atque alia intelligantur: possunt et hoc modo, ut intelligantur eadem: nihil enim prohibet eadem decem repetere, et pluribus stipulari, ut fit in duobus reis stipulandi. Utrumque agi potest, et verba utramque admittunt significationem: ergo ex verbis quid acti sit, quæritur. Diiudicatur res ex regula superiore, cum eadem decem intelligi debere, non alia decem Ulpianus scribit. Sic enim verba contra stipulatorem interpretamur: quippe utilius promissori est, et stipulatori inutilius eadem decem accipi, quam alia. Sed qua in re versatur hoc commodum promissoris, si existimentur eadem decem superioribus verbis in stipulatum deducta esse, non alia decem? aut ut in universum de re quæramus, sive hoc responsum ad superiorem regulam pertineat, sive non pertineat, quid refert in hac stipulatione eadem decem, an alia intelligamus? nam si in iure nihil refert, quid est, cur laboremus? Et omnes interpretes consentiunt hoc loco id dici, quod tunc, cum stipulor mihi et Titio decem: nam et ibi respondetur, una decem communiter me mihi et Titio stipulatum videri. *L. eum, qui ita*, 56. *in prin. infr.* Hoc autem eo pertinet, ut efficiatur me in commune stipulatum esse ambobus decem; separatim autem mihi quinque, et Titio alia quinque; ac proinde cum frustra Titio stipulatus sim, non tota decem, sed sola quinque mihi deberi. *L. si mihi et Titio.* 110. *infr.* Idem ergo et in hac specie volunt intelligi, cum stipulor non decem in commune; sed nominatim singulis decem, hoc modo: mihi decem, et Titio decem dare spondes? scilicet quia et hic eadem decem dicuntur stipulatione contineri, ut supra. Ego autem quomodo id possit defendi, non animadverto: decem enim solida me mihi stipulatum esse constat, et quidem soli ac separatim; non quinque tantum: cur igitur mihi illa ex stipulatione non debeantur? Quid enim dicemus? verba contra stipulatorem esse interpretanda? at hoc tunc locum habet, cum oratio est ambigua, et non satis aperte stipulator sibi cavit, cuius in potestate fuit verba late concipere, *L. cum quæritur, supr. de reb. dub. L. quidquid, infr. eod.* Hic autem nihil est ambigui, cum stipulor separatim et nominatim mihi decem, et Titio decem. Perspicuum est enim me solida decem stipulari singulis. Nec quidquam magis contrarium est, quam dici me singulis stipulatum esse tantum quinque, et singulis nominatim stipulatum esse decem. In eo quod stipulator aperte sibi cavit, id sequimur, quod verba demonstrant, nec aditur promissor, si dicat se aliud sensisse, *d. L. quidquid*, illic, *nec rursum, infr. et L. non est ferendus, supr. de transact.* An metuemus exemplum illius stipulationis, cum stipulor communiter mihi et Titio decem; in qua placuit solum quinque mihi deberi? At hæc nullo modo recte comparantur. Cum enim stipulor mihi et Titio decem, salva ratione recti sermonis stipulatio sic accipi potest, quasi stipulatus sum duobus decem, sed in commune, id est, singulis quinque, nam his quinque coniuncta decem efficiunt. Id cum verba admittant, et promissori prosit ita accipi; efficitur regula superiore, ut ita quoque contra stipulatorem accipi debeant. Itaque huiusmodi orationem ita passim acceptam videmus, ut summa aliqua pluribus personis adscri-

pta, pro numero quoque personarum divisa intelligatur. *L. reos*, §. 1. *infr. de duo. reis stip. L. cui fundus*, *supr. de cond. et demon.* Cum autem stipulor non in commune, sed separatim mihi decem, et Titio decem; verba non ferunt, ut singulis tantum quinque stipulatus videar: quoniam sunt hæc, ut dixi, contraria, stipulatum esse me singulis decem, et non esse stipulatum decem singulis, sed quinque dumtaxat. At enim ex eo, quod in illa stipulatione, mihi et Titio decem, dicuntur una decem contineri, *d. L. eum qui ita infr.* effectum est me singulis solum videri stipulatum quinque; *d. L. si mihi et Titio*, *infr.* Recte hoc effectum est; sed in ea specie: ubi si decem alia non intelliguntur, sed eadem: necesse est decem in commune promissa non solida decem in persona singulorum intelligi, sed pro parte tantum, quia verba id patiuntur; et quod patiuntur, id admittendum est pro commodo possessoris, regula iuris hanc interpretationem exigente. At non idem effici potest in proposito: quoniam etsi eadem decem continentur stipulatione: solida tamen sunt in singulis. Nec ratio sermonis, aut ulla æquitas patitur, ut qui aperte singulis decem solida sum stipulatus, dicar tantum quinque stipulatus singulis. Ne quis autem dubitet, cum dicitur eum, qui stipulatus est sibi decem, et Titio decem, videri eadem decem stipulatum esse: id non habere hanc sententiam, quasi dicatur stipulatorem quinque tantum singulis videri stipulatum, evidentissimo argumento duorum reorum stipulandi in ea sententia confirmari potest. In quibus hoc evenit, ut cum duo sibi decem solida separatim stipulati sunt, et ita hæc illis promissa, ut duo rei fiant; dicantur eadem decem in stipulatione versari, non alia decem: et tamen sic eadem, ut constet hæc ipsa singulis solida deberi, non pro parte dumtaxat, §. *ex huiusmodi*, *Instit. de duo. reis stip.* Puto igitur in specie proposita, cum stipulor hoc modo, *mihi decem, et Titio decem*, etsi dicuntur eadem decem contineri stipulatione: tamen mihi non quinque solum deberi, ut in illa stipulatione, mihi et Titio decem: sed deberi solida decem, quæ mihi separatim et aperte sum stipulatus: Titio nihil deberi, non quia eadem decem sint, quæ illi sim stipulatus; sed quia alteri stipulari non potuerim. Sed si hoc ita est, iterum quæro, quid prosit dici hic eadem decem contineri, non alia: cum etsi eadem intelligantur, non minus mihi debeantur in solidum, quam si ita expressissem mihi decem, et alia decem Titio dare spondes? pariterque ex utraque interpretatione nihil Titio acquiratur? † Et dicendum est in acquisitione stipulationis, seu obligationis decem, nihil interesse: in facultate autem decem solvendi interesse, utrum eadem dicamus deducta in stipulatum, an alia. Nam alia atque alia si in stipulatum deducta essent, non solum decem solida mihi deberentur: sed etiam ita deberentur, ut nec Titio cui decem sum stipulatus, solvi possent: quippe cui non hæc decem stipulatus sim, sed alia; quæ cum nec mihi debeantur, cessante voluntate, nec Titio, repugnante iure: haud dubie indebita nulli solvi possunt: non est enim solutio, nisi eius quod debetur. *Inst. quib. mod. tol. ob. in prin.* Quod si eadem decem erunt, ut esse interpretamur; contra erit. Nam debebuntur illa quidem mihi in solidum, et debebuntur soli non minus, quam supra: sed hactenus, ut et Titio, cui illa stipulatus sum, solvi possint etiam invito me, et promissor ei solvendo liberetur: ut accidit, cum obligatione alicuius rei in persona mea consistente, solutio in alium confertur. §. *plane*, *inst. de inut. stip. L. vero*, *infr. de sol.* Non enim dubium est, quin eadem decem, quæ mihi debentur, Titio stipulando si non obligationem, quod non possum; at certe solutionem, quod licet, in eum conferam. Denique his verbis mihi decem, et Titio eadem decem dabis, potestatem saltem Titio solvendi promissor accipit: quam illi stipulator invito adimere non potest, *d. L. vero*, *infr. de sol.* ut verum sit, quod Accursius in glossa huius loci Irnerium veterem interpretem existimasse refert, Titium in hac stipulatione adiectum videri, non aliter quam si stipulatus quis esset, mihi aut Titio dare spondes. Non me movet, quod dicitur solutio conferri in extraneam personam, cum ita stipulor disiunctim, mihi, aut Titio dare spondes? §. *plane*, *Inst. de inut. stipu.* hoc enim exempli causa dictum est in *d.* §. *plane*, ut verba ostendunt. Cæterum nihilominus et coniunctim idem effici potest, dum modo id servetur, quod de superiore disiunctione in eodem §. dicitur, ut scilicet mihi decem et Titio stipulando, totius summæ in stipulatum deductæ mihi obligatio acquiratur, et simul eandem illam alteri dari stipuler. Quod fit in hac specie, cum stipulor mihi decem nominatim, et separatim eadem decem Titio. Non obstat, quod cum stipulor disiunctim mihi aut Titio, fit promissori potestas alteru-

ru-

rutri solvendi, neque necesse est solvere utrique: cum autem coniunctim stipulor, mihi et Titio, necessitas imponi videtur promissori, ut utrique solvat: quoniam hoc quidem coniunctio, illud autem disiunctio exigit. *L. si quis ita stipulatus*, 129. *infr. eod.* Hoc enim dici oporteret, nisi constaret hic eadem decem deducta esse in stipulationem. Nunc cum sint eadem, non potest alia mens esse contrahentium etiam in hac coniunctione, quam ut uni ea præstando promissor liberetur:, nempe utri volet; cum non sit expressum, utri daret, et quæ tacite insunt stipulationibus; ea sint in rei potestate, dummodo de eo non agatur, an debeat. *L.* 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. lo.* Ex his apparet, etsi in specie proposita dicamus decem mihi solida deberi, non autem dividi inter me et Titium: tamen exemplum semper congruere regulæ superiori; quia sit eiusmodi, in quo eadem decem contineri interpretantes, ambiguitatem contra stipulatorem pro commodo promissoris interpretemur. Nocet enim stipulatori, decem quæ illi debentur, ipso invito alteri solvi posse; et promissori est commodum. Hoc autem ut possit fieri, superiore interpretatione efficitur.

Ad §. Si stipuler.

Si stipuler alii, cum mea interesset: videamus an stipulatio committetur. Et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi: is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo: et stipulatus est rem pupilli salvam fore: ait Marcellus posse defendi, stipulationem valere; interest enim stipulatoris, fieri quod stipulatus est: cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.

HOc §. et seq. colliguntur exempla, quibus confirmatur utilem esse stipulationem ei, qui stipuletur alteri, cum stipulantis interest: similiter ut in §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* qui locus expositus est ad §. *alteri supr.*

Ad §. Si quis insulam.

Si quis insulam faciendam promiserit, aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promisisset Titio fundum Mævium daturum, aut si is non dedisset, pœnam se daturum, stipulatus a Mævio fuerit fundum Titio datum iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem: Si quis ergo stipulatus fuerit cum sua interesset ei dari: in ea erit caussa, ut valeat stipulatio. Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si creditori meo: quia interest mea ne vel pœna committatur, vel prædia distrahantur quæ pignori data erant.

SUMMARIA.

1. *Utilis actio in responso Ulpiani quomodo accipienda.*
2. *Lectio huius §. correcta.*

1 COnstat *habere eum utilem ex locato actionem.*) Cum stipulationem valere, cum vires habere et ante et infra scriptum sit, qua is cuius interest, stipulatur alteri: perspicuum est ex ea stipulatione Iure Civili esse actionem: idest, directam, non utilem, quo sensu, utilem directæ opponimus. §. *ult. Inst. de leg. Aqui.* Merito autem ex huiusmodi stipulatione stipulanti directa est actio, et Iure Civili. Is enim qui stipulatur alteri, quatenus ipsius interest, hactenus stipulatur sibi, ut docui ad §. *alteri*, *supr.* hoc vero unicuique per regulas iuris licet facere.

re. *d.* §. *alteri.* Id si in stipulatione recte dicitur; multo facilius admittemus in bonæ fidei iudicio, puta locatione, ut si quis locaverit faciendum Mævio, quod ipse a Mævio faciendum conduxerat; is directam ex locato actionem adversus eum cui locavit, habeat: nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam id servari, quod convenit. *L. ex empto*, *supr. de act. em.* et vero hanc esse actionem in hac specie, et quidem id constare scriptum est in *L. si cui*, *supr. loc.* Non debet igitur dubitari, quin hic utilem intelligere non debeamus, quæ non sit directa. Quid ergo, intelligemus cum cæteris efficacem? sed durum est hanc significationem hoc loco admittere, neque satis prudentiæ considerati scriptoris, qualem esse Ulpianum scimus, convenit. Quorsum enim addere, utilem; cum si actionem ex locato esse concedas, non possit esse actio, quin sit utilis? nam ea, ex qua ius non est iudicio persequendi, actio non est. Dices non omnem actionem, quæ iure Civili, idest, summo iure competat, continuo esse utilem; quia possit exceptione infirmari. Tit. *de except. Inst.* et ideo dictam hic actionem utilem, quæ nulla exceptione infirmari posset. Sed cur adderetur id hoc loco, nisi posset in proposito dubitari, an esset aliqua hic exceptio adversus actionem? atqui nulla exceptio in hac specie metui potest adversus eum, qui petit quod sua interest; et petit ex conventione cum eo, quicum agitur, interposita. At enim locator locavit opus faciendum alteri, quod ius vetat. *L. quæcunque gerimus*, *supr. de obl. et act.* Ista ratione non efficeretur exceptionem adversus actionem locati dandam; sed ipsam ex locato actionem non competere. Ut vel hac ipsa ratione sufficeret dicere actionem ex locato dandam: quia si actio esset Iure Civili, ut intelligi volumus, certum esset non posse eam exceptione summoveri. † Itaque mihi locus suspectus est, et pro 2
utilem, fortasse legendum est, *utique.* Quod si fit, optime constabit sententia hoc modo: constat habere eum utique ex locato actionem. Utique, affirmantis particula, ut in *L. eum qui calendis*, *infr. eod.* pro citra omnem controversiam; ut hæc quoque sententia alibi pro explorata a Marcello habetur: idest, in *d. L. si cui*, *supr. loc.* Vel utique, pro maxime, et præcipue: ut sit, maxime in hoc contractu, quem bonæ fidei esse constat. Si cui lectionem mutare non placet; dicamus sane, quod supra, utilem hic esse appellatam directam, quæ nulla exceptione possit impugnari. Ut tamen ita interpretantibus fatendum sit, *utilis* verbum erroris obiiciendi caussa esse additum: cum, ut dixi, actione directa concessa, qualem esse hic fatemur, nulla fuerit dubitationis caussa, cur propter aliquam exceptionem non deberet esse utilis. Nam utilem dici eam, quæ persequitur utilitatem nostram, idest, id quod interest, inauditum est. Neque id utilis actio significat in *L. qui servum.* 96. *infr.* ut ibi dicemus.

Ad §. Si quis ita stipulatus fuerit.

Si quis ita stipulatus fuerit: *illum sistas*? nulla caussa est cur non obligatio constat.

DE hac specie scriptum est diligentius et apertius in *L. quoties quis*, 81. *infr.*

Ad §. Ædem sacram.

Ædem sacram vel locum religiosum ædificari, stipulari possumus: alioquin nec ex locato agere possumus.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio de æde sacra et monumento ædificando valet.*

1 ÆDem sacram, et locum religiosum nobis dari stipulari non possumus. *L. inter*, §. *sacram*, *infr. eod.* Sed ea res non facit, quominus et ædem sacram, et monumentum ædificari recte stipulemur; quod hic traditur. Prius enim non possumus, quia res huius generis commerciis hominum exemptæ nobis dari non possunt. *L. si stipulor*, *supr. eod.* Posterius contraria de caussa possumus; quia deducitur id in

in stipulationem, quod et natura fieri potest, et iure licet facere. Ut enim ædificari ista possunt natura: ita ædificari non tantum ius patitur, sed etiam iubet: efficitur et hoc *ead. L. si stipulor.*

Ad L. Dominus. 39.

Paulus libro XII. ad Sabinum.

Dominus servo stipulando sibi acquirit: sed et pater filio, secundum quod leges permittunt.

Ad L. Si filius meus. 40.

Pomponius libro XXVII. ad Sabinum.

Si filius meus servo meo stipuletur: acquiritur mihi.

QUam utiliter dominus servo, pater filio: et contra quam utiliter servus domino, filius patri stipulentur, dixi ad *§. alteri, L. stipulatio ista, supr.*

Ad L. Eum, qui calendis. 41.

Ulpianus libro L. ad Sabinum.

Eum qui Kalendis Ianuariis stipulatur, si adiiciat, primis, vel proximis: nullam habere dubitationem palam est. Sed et si dicat, secundis, vel tertiis, vel quibus aliis: æque dirimit quæstionem. Si autem non addat; quibus Ianuariis, facti quæstionem inducere, quid forte senserit: hoc est quid inter eos acti sit: utique enim hoc sequimur, quod actum est, easque adsumemus: si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus, primas Kalendas Ianuarias spectandas. Plane si ipsa die Kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? Et puto actum videri de sequentibus Kalendis.

SUMMARIA.

1. *Calendis stipulatum, proximis, non remotioribus, aut longissimis stipulatum videri.*
2. *Regula, Verba contra stipulatorem interpretanda. Item: in temporibus id servandum, quod est longius, quando locum non habeat.*

QUi stipulatur dari Calendis, siquidem certas dicit, dirimit omnem quæstionem. In re enim quæ ex consensu valet, semper id sequimur, quod actum esse apparet. *L. semper in stipulationib. infr. de reg. iur. L. ubi, supr. de reb. dub.*
1 † Sin Calendas tantum dicit, nec quidquam adiicit: placet hoc loco eum videri stipulatum Calendis proximis, non remotioribus, aut longissimis. Imo quam remotissimis stipulatus videri debet, dixerit aliquis. Primum quia oratio ambigua est, dari Calendis: quæritur enim, quibus. In ambiguis autem placet verba interpretanda esse contra stipulatorem. *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus, supr. eod. L. quidquid, infr.* Deinde quia nominatim in hac ipsa caussa temporis cum plura tempora verbis stipulationis comprehensa sunt, traditur servandum esse longissimum. *L. si ita stipulatus, 12. supr. eod. L. si ita stipulatus, 109. infr.* Bene Accursius, et alii vulgo, cum hoc ideo in specie huius loci responderi dicunt, ne alioqui stipulatio sit inutilis. † Res sic ha- 2
bet: quod dicitur verba contra stipulatorem interpretanda: item, in temporibus id servandum, quod est longius: utrumque tamdiu verum est, quandiu contra stipulatorem interpretando, nihilominus stipulatio salva esse potest. Quod si futurum sit, ut sit inutilis: præcipitur alia regula iuris id agendum esse, ut stipulatio in tuto sit: ut res valeat potius, quam pereat. *L. quoties in stipulationibus, infr. eod. L. quoties in actionibus, L. ubi supr. de reb. dub.* Atqui in specie proposita hoc evenit, ut si longissimas Calendas iubemus expectari, iubeamus

beamus expectari huius mundi postremas: quod si fit, stipulatio plane sit elusoria. Quod si alias Calendas sequi debemus, quam postremas, nihil caussæ est, cur quartas sequamur potius, quam tertias; aut tertias potius; quam secundas. Ex quo efficitur proximas sequi oportere, si quid stipulationem valere volumus.

Ad §: Quoties autem in obligationibus.

Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur: nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri: verum dies adiectus efficit, ne præsenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Idem in idibus etiam et nonis probandum est, et generaliter in omnibus diebus.

SUMMARIA.

1. *Quando quod in stipulatum deductum est, debeatur, et peti possit, ex stipulationis conceptione æstimandum.*
2. *Stipulatio omnis aut pure fit, aut in diem, aut sub conditione.*
3. *Pura stipulatio quæ.*
4. *Stipulatio in diem quæ*, et n. 11.
5. *Diem adiectum non tantum eum intelligi, qui aperte stipulationi est insertus, sed etiam qui inest tacite*, et n. 11.
6. *Stipulatio ex conditione rerum tacite diem et dilationem capit, idque aut ex re ipsa, aut loco ad dandum constituto*, et n. 8.
7. *Inter stipulationem fructuum, et stipulationem insulæ quid intersit.*
9. *Locus ad dandum constituitur aut contrahentium conventione, aut natura.*
10. *Difficultas dandi, qua promissor sine culpa sua distringitur, an spatium temporis similiter in re mobili promissa, ut in immobili, inducat.*
12. *Dierum duo genera, qui adiecti stipulationem in diem non conficiunt*, et n. 14.
13. *Incertus dies et in testamentis, et in stipulationibus conditionem habet*, et n. 23.
15. *Sub conditione stipulatio quæ.*
16. *Conditionalis stipulationis vis, et quid differat a stipulatione in diem*, et n. 53. 56.
17. *Conditio quid.*
18. *Conditio a casu seu eventu differt.*
19. *Conditionem duæ res, figura scilicet orationis, et casus faciunt*, et n. 21.
20. *Conditiones in præsens aut præteritum collatæ vere conditiones non sunt.*
22. *Conditio interdum tacite inest stipulationi*, et n. 26.
24. *Incertus dies dupliciter dicitur.*
25. L. sub conditione, cum 2. seqq. supr. de cond. ind. *illustratur.*
27. *Res simpliciter promissæ interdum tacitam conditionem in se habent, ut fructus, operæ, dos.*
28. *Stipulantis persona quibus casibus tacitam stipulationi conditionem iniiciat.*
29. *Regula de puris stipulationibus in hac L. ab Ulpiano tradita, eiusque exceptio quomodo sit accipienda.*
30. *Aliud diem poni in obligatione, aliud in obligatione diem inesse.*
31. *Debendi verbum proprie et cum effectu hic accipiendum.*
32. §. ult. Inst. de inut. stip. *sententia exposita.*
33. L. promissor Stichi: §. 1. supr. de constit. pec. *explicatur*, et n. 39.
34. *Stipulatio pura, an legitimam dilationem, quæ condemnatis datur, excludat.*
35. L. Quod dicimus, *infr.* de sol. *restituta.*
36. *Cui debitori ab initio modicum tempus ad solvendum detur, et quod tempus*, et n. 38.
37. *Tempus stipulatione comprehensum, ante quod conveniri debitor non potest, differt ab eo, quod condemnato humanitatis causa ad solvendum lege datur.*
40. *Dies adiectus debitori dilationem affert, ut ne ante eum diem solvere cogatur.*
41. *Die adiecto an obligatio simul et actio differatur*, et n. 44.
42. §. Appellantur, *et* §. Hodie, Inst. de excep. *declarantur.*
43. *Obligatione in diem constituta, ante agi non potest, quam dies præterierit; secus in eo, qui hodie dari stipulatus est.*
45. *Ante diem, an omnino quid non debeatur, an vero ita debeatur, ut peti non possit, et stipulatoris et promissoris multum interest.*
46. *In diem quod debetur, etiam ante solvi potest, licet peti non possit.*
47. *Certa die promissum statim vel creditore invito dari posse: quæ sententia a veteribus. Interpretibus recepta contra quosdam ex Neotericis defenditur.*
48. L. Si soluturus, 39. infr. de sol. *declaratur.*
49. L. Item, supr. de const. pec. *explicatur.*
50. *Diei adiectio in testamentis, stipulationibus, omnibusque aliis contractibus in re dubia pro debitore est, non pro creditore. Secus si aliud de mente testatoris, aut contrahentium probetur.*
51. *Dies creditoris causa ad solutionem quando adiectus videatur.*
52. *Dies in hac disputatione qui intelligantur.*
54. *Conditione exsistente non iam primum obligatio*

gatio incipere, sed retro versus eo tempore, quo res sub conditione contracta est, sine conditione gesta esse intelligitur.

55. *Conditio qua in re dici certo similis, in qua dissimilis.*

1 CUM constat † stipulationem valere, inter cætera, quæ ad vim et potestatem stipulationis quæri solent, hoc est unum, quando debeatur et peti possit, quod in stipulatum deductum est, ut initio huius tituli monuimus. Res, ut cætera omnia quæ ex consensu valent, posita est in voluntate et sententia contrahentium. Tum enim deberi oportet quidque, cum contrahentes deberi voluerint, et prout voluerint. Sed, quoniam id voluisse intelliguntur, quod verba et conceptio stipulationis ostendunt: ideo in hac re, ut in aliis, revocamur ad conceptionem stipulationis, iubemurque spectare, quid in stipulatione addatur, quod pertineat ad differendam obligationem, petitionemve, aut non addatur. Explicatur autem res tota hac divisione, quæ traditur
2 in §. *omnis*, *Inst. eod.* † Omnis stipulatio aut pure fit, aut in diem, aut sub conditione: quid horum fiat, ad significationem voluntatis, differendamque aut non differendam obligationem, multum interest: ideo de vi cuiusque quæritur. Ac de vi stipulationis puræ, et eius quæ in diem est, hic scribit Ulpianus, et de utraque specie hic dicam; quantum res et locus postulat. Et quoniam dici de his non potest, quin distinguatur ab his stipulatio conditionalis propter similitudinem, quæ illi cum obligatione in diem intercedit: necessario faciendum erit, ut de huius quoque significatione et vi non nihil attingatur. Et sane cum de conditionali stipulatione, quid sit, et quæ eius potestas, nusquam sub hoc titulo ex professo tractetur; et tamen ad tam multorum locorum explicationem, qui sub hoc titulo de hoc genere sunt, semel de eo dicendum sit: non video, ubi commodius de eo dicemus, quam in ea divisione, quæ hanc speciem continet; et cuius priores duæ species sine huius tertiæ co-
3 gnitione recte percipi non possunt. † Pura stipulatio est, qua quid sine die et conditione promittitur: veluti quinque aureos dare spondes. *d.* §. *omnis*, sic dicta, quia pura sit, idest, vacua ab iis rebus, quæ stipulationem seu obligationem differre solent. Quam ob caussam et qui ita stipulatur, dicitur simpliciter stipulari. *L.* 1. §. *si quis simpliciter. supr. eod.* nihil admiscens videlicet eorum, quæ obligationis statum mutare consueverunt: ea sunt autem, dies et conditio. Quæ sint sine die et conditione stipulationes, ita intelligemus, si scierimus, quæ sint, quæ diem aut conditionem habeant. Itaque ut nihil esset aliud; tamen vel ad unam hanc speciem cognoscendam necesse esset hoc loco intelligi, quæ sint in diem, quæ sub conditione. † 4
In diem est, inquit Iustinianus, *cum adiecto die, in quem pecunia solvatur, stipulatio fit.* Vera est et recta Iustiniani definitio: sed verba diligenter animadvertenda: alioqui multis modis ut vitiosa reprehendetur. † Et adiectum diem hic accipe- 5
re debemus, non eum tantum, qui aperte insertus est stipulationi; ut fit in exemplo apud Iustinianum proposito; *veluti*, inquit, *primis Calendis Martiis dare spondes*: sed etiam qui inest tacite. Inest enim interdum et stipulationi dies, *L. continuus*, §. *cum ita*, *infr. eod. L.* 2. §. *qui ita*, *supr. de eo, quod cer. loc.* ut dicitur inesse legato conditio in *L.* 1. *sup. de cond. et dem.* Nec minus ex eo die dilationem solutionis capit stipulatio, quam si verbis expressus esset. *L. interdum*, *inf. eod.* et ne quis hunc diem putet superioribus verbis definitionis non contineri, non minus et hic dicitur adiectus stipulationi. Nam et loco stipulationi inserto, ubi hunc diem inesse constat, dicitur tempus adiectum, tempus tacite comprehensum, quo promissor utatur ad pecuniam suo loco solvendam. §. *loca*, *Inst. eod. d.* L. *interdum*, *infr. eod.* Ergo nec minus in diem est huiusmodi stipulatio, si rem spectamus: etsi inspectis verbis stipulationis nonnunquam pura dicitur; ut *d. L. interdum*: scilicet quia pure fieri videtur: re vera non fit, ut scriptum est in *d.* §. *loca.* † Capit autem hunc diem et dila- 6
tionem stipulatio ex conditione earum rerum, quæ stipulatione sunt comprehensæ: cum scilicet quod promissum est, per rerum naturam aut ipsum, aut eo modo, quo promissum est præstari non potest, quin aliquod temporis spatium prius antecedat. Id vero contingit aut ex re ipsa, quæ in stipulatum deducitur: aut ex loco ad dandum constituto. Ex re ipsa, cum fructus, et quæ postea nascentur, promittuntur quid fieri. *d. L. interdum*, *in pr.* Natura enim hæc tempus desiderant, intra quod et fructus nasci, et opus, puta insula, quam quis se ædificaturum promisit, perfici possit. Ideo ex faciendi stipulatione placet non ante agi posse, quam tempus præ-

præteriisset, quo insula ædificari posset. L.
si ita stipulatus, 14. *supr. eod. L. si insulam*, *infr. eod. d. L.* 2. §. *qui ita*, *supr. de*
7 *eo. quod cer. lo.* † Sed inter stipulationem
fructuum, et stipulationem insulæ hoc interest, quod stipulatio fructuum, seu eorum quæ postea nascentur, non tantum
diem, sed etiam conditionem habet, si fructus nascentur; atque his non natis nihil
debetur. *L.* 1. *in fin. supr. de cond. et dem.*
stipulatio insulæ diem et tempus dumtaxat,
intra quod insula possit fieri: quo transacto adversus promissorem agi potest; et
quidem tunc solum, cum insulam non ædificaverit. *d. L.* 14. *supr. et L. si insulam*,
infr. Merito: est enim in potestate promissoris ædificare insulam: quod si non fecerit, iure eius negligentia et cessatio plectitur. Idque ipsum ut fiat, actum est: alioqui inanis futura est omnis faciendi stipulatio; utpote ex qua si non feceris, quod
promisisti, nullo modo tenearis. In rebus
autem, quas quis dari aut tradi promiserit, ac non tantum in fructibus, hoc solum spectatur, an res sint, quæ natura
præstari possint. Quod si non possunt, nihil habetur: *L. si stipulor*, *supr. eod.* quia
non sit in potestate promissoris efficere, ut
sint. Impossibilium vero nulla est obligatio. *L. impossibilium*, *infra*, *de reg. iur.*
Intra quod tempus res quæque nascantur,
in natura positum est, non hominum æstimatione. Id tempus erit, quo natura rem
talem edet, qualem stipulati sumus. Quanto autem tempore opus sit ad insulam ædificandam, et quodvis opus faciendum, constat hominum arbitrio. In quo æstimando
quid recte et ex officio boni viri spectandum videatur, docet Venuleius in *L. con-*
8 *tinuus*, §. *item qui insulam*, *infr.* † Ex loco stipulationi inserto eadem dilatio est:
idque natura efficit. Qui enim Ephesi se daturum promisit, cum Romæ esset, non potest per rerum naturam Ephesi dare prius,
quam tantum temporis præterierit, intra
quod Ephesum possit perveniri. *d.* §. *loca*,
Inst. eod. d. L. *interdum*, *infr.* qua in re
quoque quod tempus accipi debeat, eleganter tractat idem Venuleius in *d. L. con-*
9 *tinuus*, §. *cum ita infr.* † Sed constituitur locus ad dandum, ac per locum dies,
non tantum contrahentium conventione, ut
supra: sed etiam natura. Quod fit, cum
fundus, aut res aliqua immobilis in stipulatum deducitur. Quia enim hæ res certo loco continentur, ac loco moveri non possunt,
natura hoc evenit, ut alio loco tradi non
possint, quam in quo sitæ sunt: huiusmodi
impedimentum sua sponte adfert dilationem auctore Venuleio in L. *continuus*, §.
illud, *infr. eod.* et ideo quod de quavis re nominatim Carthagini promissa traditum est in §. *loca*, *Instit. eod.* idem de
fundo simpliciter promisso scriptum est in
§. *ult. Inst. de inutil. stip.* de hoc videlicet agi non posse, nisi tantum spatium
præterierit, quo traditio fieri possit. † An 10
de Sticho, et alia re mobili promissa idem
dicendum sit, et an omnino difficultas
dandi, qua promissor sine culpa sua distringitur, spatium temporis similiter inducat, quæsitum est. Et placuit hæc non
esse in eadem caussa. *d. L. continuus* §.
illud, *infr. eod.* etsi dissentire videtur
idem §. *ult. Inst. de inut. stip.* Sed de eo
dicam paulo post, cum de iure stipulationis puræ agetur. † Ergo in diem est sti- 11
pulatio, quæ diem adiectum habet, non
tantum eum, qui aperte adiectus sit, sed
etiam qui tacite, et qui natura rerum insit stipulationi: non tamen quæ omnem
diem habet adiectum; sed quæ habet eum,
quo pecunia solvatur, ut definitione expressum est. † Hac circumscriptione duo 12
genera dierum removentur: tot enim sunt
eorum, qui non adiiciuntur ideo, ut his
pecunia solvatur. Unum est eorum, qui
adiiciuntur quidem differendi caussa, sed
differendi obligationem, non solutionem: alterum eorum, qui nullis omnino præstationis differendæ gratia adiiciuntur. Primum genus est diei incerti. Dies duplex
est: certus, ut Calendis proximis decem
dabis? et incertus, ut cum veneris, aut
cum aliquid factum erit *L. stipulatio ista*, §. *inter supr. eod.* Certus si differendi caussa est (nam hodiernus hac gratia adiici non putatur: de quo mox) adiicitur, ut eo die pecunia solvatur: ut
solvatur, inquam, non ut debeatur: debeatur enim eo ita adiecto pecunia etiam
ante diem: sed solutio in diem differtur.
L. centesimis, *infra eod.* † Incertus con- 13
ditionem habet non tantum in testamentis, ut est in *L. dies*, *supr. de con. et
dem.* sed etiam in stipulationibus. *L. quodcunque*, §. *non solum*, *infr. eod.* Ideo intelligitur adiici, non ut eo solvatur pecunia; sed ut ex eo debeatur. Similiter
ut in conditione accidit; qua adiecta ante nec peti potest, nec debetur quidquam.
L. cedere, *infr. de verbor. signific.* Illum
igitur diem definitio notari voluit: hunc
excludi. Et res ita habet: In diem stipulatio esse dicitur, quæ est in diem certam:
quæ vero in diem incertam fit, ea sub
conditione est: eoque non dicitur in diem.
Non quod dies incertus, dies non sit: sed
quia

quia more loquendi auctoribus iuris usitato in diem dicitur, quæ est in diem tantum, nec præter diem conditionem habet ad differendam obligationem. Quod contra fit, in stipulatione in diem incertam concepta: quæ diem habet illa quidem, sed præter diem conditionem, a qua æstimatur, et ex qua ut præcipua parte nomen accipit. Ideo etiam ad sequens genus stipulationum conditionalium refertur. Sic dicuntur in usu iuris obligationes consensu contrahi, quæ contrahuntur consensu solo. Tit. *de obl. ex cons. Instit.* Sic cognati, qui cognati tantum sunt, non etiam agnati. *L. Iurisconsultus* §. 1. *supr. de grad.* Tametsi verum est cæteros contractus non minus constare consensu: *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* et agnatos etiam cognatos esse. *d. L. Iurisçon. L. penult. supr. unde leg.*

14 † Secundi generis sunt, hodiernus dies; anni plures stipulatione, vel legato annuo comprehensi; et dies ad quem usque placet pecuniam deberi. Cum stipulamur hodie dari, placet præsentem esse obligationem: quia hodiernus dies magis admonendi, et accelerandæ solutionis causa adiectus sit, quam differendi. *L. liber*, §. 1. *infr. eod.* In legato annuo, et stipulatione annua placet, initio cuiusque anni peti posse, quia non sit obligatio in diem; et ideo non sit, quia hic anni plures adiiciantur multiplicandæ præstationis causa, non præcedentis differendæ *L. seq.* Aperte autem illa stipulatio non est in diem, cum promittitur quid ad diem: veluti, usque ad annos decem, aut quoad vivam: quia dies non differendæ obligationis causa adiicitur, sed constitutæ finiendæ. *L. obligationum fere*, §. 1. *supr. prox. tit.* de quibus amplius dicendum erit ad *L. seq.* Quæ omnia effici apparet illis verbis definitionis supra scriptæ, *adiecto die*, *quo pecunia solvatur.* Atque his generibus remotis, quæ in diem stipulationes sint, quæ non sint, quantumvis diem insertum ha-

15 beant, non erit obscurum: † *Sub conditione stipulatio fit*, inquit Iustinianus, *cum in aliquem casum differtur obligatio*; *ut si aliquid factum fuerit*, *vel non fuerit*, *committatur stipulatio*, §. sub conditione. *Inst. eod.* His verbis non solum docet, quam vim habeat stipulatio sub conditione concepta: sed præcipue quid sit conditio, ex quo deinde intelligatur, quæ sit ea vis huius stipulationis, quidque differat a stipulatione in diem.

16 † Vim quidem hanc esse ostendit, quod hic obligatio differtur in casum: quo uno discernitur stipulatio in diem concepta ab hac stipulatione. Habet utraque hoc commune, quod pariter utraque differtur obligatio in aliquod tempus: unde die adiecto dicitur Paulo incipere obligatio ex die, in *L. obligationum fere*, *in princ. supr. de obl. et act.* Hoc distant, quod quæ diem habet, differt obligationem in diem: quæ sub conditione fit, differt in casum. Ne autem sit dubium, quid sit, quod dixerat Iustinianus, *cum in aliquem casum differtur obligatio*: docet sequentibus verbis sic eam in casum differri, cum aliquid promittitur ita, ut committatur stipulatio, id est, ut promissum incipiat deberi, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit: et in summa cum promittitur aliquid adiectis his verbis, *si aliquid factum fuerit*, *vel non fuerit.* Sed præcipue hac descriptione tota expressit, quid esset conditio. Nam si quid promittatur ea oratione non adiecta, quæ rem in casum differt; constat stipulationem non esse sub conditione: ea adiecta, stipulationem sub conditione esse dicimus: nempe propter conditionem, quæ hac adiectione exprimitur. Nisi enim exprimeretur, non ideo stipulatio esset sub conditione. Itaque non obscure innuit, † conditio- 17
nem esse orationem, quæ obligationem differt in casum: concipi autem his verbis, *si quid factum erit*, *vel non erit.* Ergo quia huius cognitio ad omnem quæstionem de conditionali tum stipulatione, tum contractu, tum suprema voluntate explicandam necessaria est, et de huius definitione non convenit inter interpretes: age, sumatur ex hoc loco, quid sit, et ex eo controversia dirimatur: dicamusque in universum conditionem esse orationem, quæ stipulationem, conventionem, legatum, affirmationem denique omnem nostram, cui adiicitur, suspendat in incertum aliquem eventum. Dixi, quæ suspendat stipulationem, non obligationem cum Papiniano in *L. cum ad præsens*, *supr. si cert. pet.* Non quod non recte dicatur differri obligatio conditione, sed quia prius suspenditur ipsa stipulatio conditione: unde nascitur et dilatio ac suspensio obligationis. Licet etiam definire hoc modo, ut sit adiectio huiusmodi, si quid factum fuerit, vel non fuerit, cuius facti eventus ex casu pendeat. Ex quo apparet conditionem non esse casum, aut eventum, ut Bartolus definivit
in *L.* 1. *supr. de cond. et demonstr.* † Con- 18
ditio quidem omnis casum habet: sed non est casus; tantumque inter conditionem et casum interest, quantum inter rem quæ differt, et rem, in quam differtur obligatio.

tio. Conditio suspendit obligationem: casus est, in quem obligatio confertur, *L. non omnis*, *supr. si cert. pet.* Sed quid contineat superior definitio consideremus; ut hoc cognito, ubi stipulatio quæque habeat conditionem, facilius animadvertere liceat.

19 † Et ex ea intelligimus duas res facere conditionem; figuram orationis, et casum: sed casum maxime. Forma conditionis est hæc, si dederis, si Titius in Capitolium ascenderit, si navis ex Asia venerit: aut contra si non dederis, et similia. *d. §. sub conditione*, *Instit. eod.* neque vero aliter exprimitur conditio. *L. si Titio*, *supr. quan. di. leg. ced.* Nam quod dicitur diem incertum conditionem facere, quomodo accipiendum sit, paulo post dicemus. Sed nihil ad rem facit forma conditionis, nisi ea conceptione res differtur in casum: quo verbo et futurus eventus significatur, et incertus.

20 † Hinc conditiones quæ in præsens, aut præteritum conferuntur, quia rem non differunt, verbo conditiones dicuntur, quia conditionis speciem referunt: re vera non sunt conditiones, ut quæ conditionis potestatem non obtinent. *L. cum ad præsens*, *et L. itaque*, *supr. si cert. pet.* de quibus
21 in *L. conditio*, *infr.* † Sed etsi forma conditionis expressa, res in futurum differetur; non tamen erit conditio, nisi differetur res in casum, idest, incertum eventum, et ideo si quis stipuletur hoc modo, si tres ab hinc anni præterierint, dabis? in diem erit stipulatio, non sub conditione: quia utrumque certum, et debitum iri, et quando debeatur. *d. L. 1. supr. de cond. et demonstr.* Ergo in quibus stipulationibus hæc duo adiecta sunt, hæ sunt sub conditione: in quibus non sunt adiecta, non sunt sub conditione, nisi condi-
22 tio tacite inerit. † Sed quod in stipulatione in diem fieri diximus, hoc idem evenit circa conditionem, ut et hæc interdum tacite insit stipulationi. Ac primum convenit inter omnes, si ita stipuler, cum veneris, dabis, aut cum Titius annorum quatuordecim factus erit, stipulationem sub conditione contractam videri: ut et legatum hoc modo relictum esset conditionale. L.
23 *si Titio*, *supr. quan. di. leg. ce.* † Quod enim traditur diem incertum conditionem in testamento facere, *L. dies*, *supr. de cond. et demonstr.* etiam ad stipulationes pertinet. Neque enim vis diei incerti mutatur stipulatione. Inde dictum, nihil interesse, utrum ita stipuler, Si veneris, an Cum veneris; Si morieris, an Cum morieris. *L. quodcunque*, *§. non solum*, *infr. eod.* Hoc eo fit, non quod dies incertus sit conditio, aut contra: sed quia ut in conditione dies incertus; sic in die incerto inest conditio, efficiente hoc natura et coniunctione earum rerum, quæ inter se ita sunt coniunctæ, ut separari non possint: unde eveniat, ut una posita simul necesse sit statui atque intelligi alteram. Nam cum dico, si veneris; his verbis factum tuum significo, non tempus, quo facis. Neque vero quisquam dubitat, quin longe aliud sit, quod facis, et tempus quo aliquid fit: sed quia non potes facere, nisi certo tempore, ac si venisti, necesse est te certo tempore venisse: Ideo per conditionem vi ipsa tempus demonstratur, ut est in *d. L. si Titio*, *quan. di. leg. ced.* tametsi factum, quod conditio solum exprimit, non sit tempus. E converso, cum dico, Dabis, cum veneris; hac adiectione, Cum veneris, tempus designo, quo veneris. Sed quia non potest hoc tempus esse, nisi prius veneris, et an aliquando venias, ex casu pendet; ideo naturæ ordo et series exigit præcedentem hanc conditionem, si veneris: atque hoc modo per tempus demonstratur conditio, ut ibidem Pomponius scribit, idest, in *d. L. si Titio*, Verum est tamen, quod subiicit: *utrobique tamen eadem conditio est*: necesse est enim eandem esse re vera, sive exprimitur, sive intelligitur. Sed tamen non minus verum est eam in die incerto intelligi, non exprimi. Sed quoniam sive exprimitur conditio, sive per tempus demonstratur, utrobique diem incertum esse oportet, ut sit conditio: pertinet ad utramque quæstionem de conditione et die incerto quærere, quem hic incertum diem vocemus. † Nam incertus duobus modis 24
dicitur. Non enim is tantum dicitur incertus, quem vere talem esse constat, de quo plane incertum est, an exiturus sit, nec ne; quales sunt omnes qui in casum conferuntur: sed etiam is, quem venturum esse certum est, sed quando venturus, incertum; qualis est dies mortis. Et priorem quidem ubique conditionem facere convenit: *d. §. sub conditione*, *Inst. eod. L. si Titio*, *quan. di leg.* nisi sicubi ex sententia contrahentium dies incertus sic accipitur, ut non differendæ obligationis caussa additus videatur, sed magis invitandæ et accelerandæ solutionis gratia: ut accipitur hæc adiectio, cum petiero, in hac stipulatione, Decem cum petiero, dabis? *L. si decem*, 48. *infr. eod.* De posteriore sic ius est, ut in testamentis dies mortis sit dies incertus, et conditionem ha-

habeat; veluti, heres meus, cum morie-
tur, decem dato. *L.* 1. §. 1. *supr. de cond.*
et dem. In stipulationibus et aliis obliga-
25 tionibus contra: † in quibus de die incer-
to ita scriptum est in *L. sub conditione*,
supr. de cond. indeb. quod sub incerto die
debetur, ante diem solutum non repeti die
existente. Quod sic interpretandum est, si
existat dies, idest, si sit is dies, quem
certum sit existere postea. Nam et de con-
ditione ipsa ita traditur in *L. quod si ea*,
quæ proxime sequitur *eod. Tit.* si quid ea
conditione debeatur, quæ omni modo exsti-
tura est, solutum repeti non posse. Bene
Accursius in *L. nam si cum eod. tit. de*
cond. ind. differentiæ rationem ex eo esse
scripsit, quod spes conditionalis stipulatio-
nis ad heredes stipulatoris transmittitur: §.
ex conditionali, *Instit. eod.* spes legati con-
ditionalis non item ad heredes legatarii. *L.*
5. *supr. quan. di. leg. ced.* Hoc enim iu-
re posito, consequens est diem mortis in
stipulatione habere talem conditionem, quam
certum sit omnimodo extituram: neque id
frustra; quia sive existet vivo stipulatore,
pecunia debebitur ipsi stipulatori, de quo
nemo dubitat: sive existet eo mortuo, ta-
men nihilominus debebitur stipulatoris he-
redibus. Hæc de die incerto; cui etsi deest
forma conditionis, vi tamen ipsa conditio-
26 nem in se inclusam habet. † Sed etsi in
stipulatione neque forma conditionis ulla,
neque dies incertus sit adiectus, id est,
nihil ex iis, quibus constat conditio: ta-
men interdum inest conditio stipulationi,
natura aut *iure* ita cogente: idque acci-
dit alias ex re ipsa quæ in stipulatum de-
27 ducitur; alias ex stipulantis persona. † Res
promissa habet conditionem, cum fructus,
et quæ postea nascentur, promittuntur, ut
iam ante ostendimus: inest enim hæc con-
ditio natura, Si nascentur. *L.* 1. *in fin.*
supr. de cond. et dem. Eiusdem generis
sunt operæ, quas patronus stipulatur a li-
berto, quæ debentur hac conditione, si
fuerint a patrono indictæ *L. interdum*, *in-*
fr. eod. quod de operis officialibus seu in-
certis, non de certis et fabrilibus, acci-
piendum esse docemur in *L. quoties*, *supr.*
de op. lib. Etsi autem in ea L. dicitur
ideo expectari, dum operæ indicantur, quia
id agi videatur inter patronum et libertum,
ut id fiat: et agi ideo, quia ex commodo
patroni libertus operas edere debeat: quæ
omnia significant conditionem hanc ex con-
ventione tacita contrahentium nasci ma-
gis, quam ex operarum natura: tamen non
eo minus vere dicetur ex ipsarum operarum
natura superiorem conditionem inesse, *Si*

fuerint indictæ. Initium enim conditionis
assumendæ ex operarum conditione nasci-
tur. Promittuntur operæ indefinite, et in-
certæ; earum natura hæc est, ut sint sti-
pulanti inutiles, si libertus, quas volet,
ubi, et quando volet, patrono exhibebit.
Hæc natura locum dedit coniecturæ volun-
tatis, ut existimetur id agi, ut pro com-
modo patroni, ac proinde ab eo indictæ
incipiant deberi, ne stipulatio sit inutilis.
Quandoquidem in dubiis placet sic stipu-
lationem accipi, quo res de qua agitur,
magis valeat, quam pereat. *L. ubi L. quo-*
ties in supra, de reb. dub. L. quoties in,
infra eod. In primis vero naturam opera-
rum hanc conditionem inducere ostendit
Caii ratio de hac conditione in *L. cum pa-*
tronus, *supra*, *de oper. libert.* qui hanc
ideo inesse dicit, quod cum operæ incertæ
promittuntur a liberto, promittatur officium
patrono. Absurdum autem sit alio die de-
beri officium, quam quo is vellet, cui
præstandum est. Scilicet, quia non est of-
ficium, nisi quod ex voluntate et commo-
do accipientis præstatur. Eadem conditio
est promissæ dotis. Hæc natura sua sine
matrimonio esse non potest. *L.* 3. *supra*,
de iur. dot. idcirco dotis stipulatio quam-
vis simpliciter promissæ semper hanc con-
ditionem habere intelligitur, Si nuptiæ fue-
rint secutæ. *L. stipulationem*, *supra*, *de*
iur. dot. † Ex stipulantis persona iniicitur 28
stipulationi conditio, cum servus stipulatur
aut hereditarius, aut eius, qui est apud
hostes. Illic quidem si hereditas adita fue-
rit; hic autem, si dominus ab hostibus re-
dierit, aut si illic decesserit, *d. L. inter-*
dum, §. *si servus*, *infra eod.* De ser-
vo eius, qui est apud hostes, nulla du-
bitatio; hic enim servus, quandiu domi-
nus servus est hostium, nullum domi-
num habet. Servus autem ex persona tan-
tum domini stipulandi ius habet. *Inst. de*
stipulatione ser. in princ. Is quidem qui
apud hostes est, si redierit, postliminii iu-
re perinde habetur, quasi nunquam captus
esset. Sed interim tamen status eius est in
pendenti; §. *cum ab hostibus*, *Inst. quib.*
mod. ius pat. po. sol. quapropter et inte-
rim stipulationem servi eius in pendenti es-
se necesse est, unde conditio. At de here-
ditarii servi stipulatione: num et hæc quo-
que conditionem habeat, *Si hereditas adi-*
ta fuerit, merito dubitari potest. Nam si
servi hereditarii dominus quæritur, ex cu-
ius persona servus stipulandi ius habeat;
hereditas id præstat servo: quæ pro domi-
no habetur, sustinetque personam non he-
redis, sed defuncti. Ex quo etiam receptum
est,

est, ut quidquid servus hereditarius stipuletur, quidquid acquirat, id hereditati acquiratur. *L. in eo*, §. *ult. et L. seq.* L. *hereditas in multis*, *supra*, *de acqui. rerum do.* Sed etsi hæc vera sunt; non obstant tamen, quominus recte dicatur stipulationem servi hereditarii conditionem habere, si hereditas adita sit. Ipsa acquisitio stipulationis conditionem non habet: acquiritur enim illa hereditati, et statim: sed quæ acquiritur stipulatio, ipsa habet conditionem, si adeatur hereditas: propterea quod ante, quam aliquis exsistat heres, neque ex stipulatione agi potest, ubi nemo est qui agat; neque a promissore solvi, ubi non est creditor, qui accipiat: quæ duo propria sunt conditionalis stipulationis.

Quæ sit pura stipulatio, quæ in diem, et quæ sub conditione, diximus: prius enim genera ipsa poni et notari oportuit. Nunc de iure singulorum videamus. De pura sti-
29 pulatione sic hoc loco scriptum est: † Quoties in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur: nisi locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Stipulationes quæ locum habent, excipit Ulpianus; quia loco adiecto dies inest natura rei, ut supra ostendimus. Quomodo autem diem habeat stipulatio, nihil interest: an quod nominatim adiiciatur, an quod extrinsecus veniat. Sed an non videtur inepte a regula excipi, dicat quispiam, quod etsi exceptum non esset, verbis regulæ non continetur? Nihil ineptius; ut si quis libros suos leget, exceptis scamnis, quæ sunt in bibliotheca: quasi metuat, ne librorum appellatione scamna contineantur, nisi fuerint excepta. An non igitur id videtur fieri in hac exceptione, ubi regula concepta est de his obligationibus, in quibus dies non ponitur: excipiuntur autem huiusmodi stipulationes, in quibus dies est adiectus, etsi
30 non exprimatur? Minime: † quia aliud est Ulpiano diem poni in obligatione, aliud in obligatione diem inesse. Diem in obligatione poni intelligit; cum a contrahentibus ponitur, non a rerum natura: cum ponitur aperte et principaliter, non per consequentiam; denique cum exprimitur dies, non intelligitur. Quo sensu si quibus in obligationibus dies tacite inest, sunt eiusmodi, ut in his non dicatur Ulpiano dies positus in obligatione; non enim est positus verbis stipulationis, non a contrahentibus. Proinde et huiusmodi obligationes sunt, quæ ut verbis continentur definitionis propositæ, ita recte excipiantur, si iure et sententia definitionis eas non contineri volumus. Sed si hæ excipiendæ sunt, in quibus locus adiectus inducit spatium temporis: cur has solas excipit; cum et loco non adiecto, multis modis accidat, ut dies tacite insit stipulationi, nec minus stipulatio ex re ipsa capiat dilationem, ut supra ostendimus? L. *interdum*, *infr.* Et quod circa æstivorum, hibernorumque saltuum possessionem scriptum est in L. 1. §. *quod vulgo*, *supr. unde vi*; idem de loco adiecto hic dicendum est, exempli scilicet caussa de eo dictum esse, ut intelligeremus idem de omni re stipulationi inserta, quæ natura spatium temporis desideraret. Ergo exceptione cum definitione coniuncta hoc vult Ulpianus intelligi, si qua ratione stipulatio diem habeat, non statim deberi pecuniam, sed diem expectandum esse, sive is erit, qui sit adiectus nominatim a contrahentibus: sive is, qui insit tacite. Quod si nullum diem habebit stipulatio, tum vere præsentem esse stipulationem, et præsenti die pecuniam deberi. Idem in *L. in omnibus*, 14. *infr.* de reg. iur. † 31
Debendi verbum proprie, et cum effectu accipiendum est, ut et toto hoc loco positum est ab Ulpiano. Non enim intelligit pecuniam ita tantum deberi, ut cesserit quidem debendi dies, sed nondum possit peti, quod et in obligationibus in diem accidit: *L. centesimis*, *inf. eod.* sed ita deberi, ut et peti possit. Quomodo et debitor definitur is, a quo invito pecunia exigi potest in *L. debitor*, *infr. de verbor. signif.* Nempe de hac specie ius aliis locis diserte comprehensum est, ex pura stipulatione, et ea quæ diem ad solvendum non habeat, pecuniam confestim peti posse. §. *omnis*, *Inst. eod. L. eum*, *qui ita*, §. *qui ita stipulatur*, *decem*, *infr. eod.* Item, ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessisse, et venisse diem: idest, et cœpisse deberi pecuniam, et venisse eum diem, quo pecunia peti possit. *L. cedere*, *infr. de verbor. signific.* Sed huic sententiæ duo genera locorum opponuntur. Unum est eorum, in quibus de quibusdam caussis velut conceptis verbis contra scriptum est, confestim nimirum seu continuo agi non posse: quamvis obligatio, ut videtur, diem non habeat. Hoc enim de pecunia constituta diserte traditum in *L. promissor Stichi*, §. 1. *supr. de const. pec.* de fundo autem et homine promisso item diserte scriptum in §. *ult. Inst. de inut. stip.* Alterum est eorum, in quibus non negatur quidem aperte statim agi posse: sed id dicitur, quod eandem vim habere videtur; nempe promissorem non statim solvere cogendum esse,

se; sed ei modicum tempus ad eam rem dandum. L. *quod dicimus*, *infr. de solut.* L. *si debitori*, *supr. de iud.* in quibus ipsis auxit difficultatem eius temporis explicatio: propterea quod de eo varie scriptum videtur in *d. L. si debitori*, *L. promissor*, *§. 1. de con. pec. et d. §. ult. Inst. de inut. stip.* De his hoc habeo, quod breviter et in summa respondeam; esse eos locos eiusmodi, quibus admoneamur, quomodo superiorem sententiam interpretemur: cæterum nullum eorum ei sententiæ adversari. Nam prioris generis locos proponere eas causas, quæ diem adiectum habeant vel natura rei promissæ, vel iure, quo de his causis obligatio constituitur. Posteriores autem locos dare debitori dilationem legitimam, quæ condemnatis dari solet; eam esse eiusmodi, quam nulla obligatio, nulla actio quantumvis præsens, imo ne condemnatio quidem excludat. Hæc summatim dicta sigil-
32 latim explicanda sunt. † Ac fundo promisso, de quo agitur in *d. §. ult. Instit. de inut. stip.* aio idem, quod supra, locum tacite promissioni inesse natura; eum scilicet, ubi fundus situs est: quoniam natura alio loco fundus tradi non possit, de eo autem tradendo agatur; et quia inest locus, etiam per locum diem inesse, intra quem eo possit perveniri: sicut evenit in obligationibus omnibus in quibus locus comprehensus est, *§. loca, Inst. eod. L. interdum*, *infr. eod.* Non mirum igitur, si Iustinianus dicit non ante hic posse agi, quam tempus præterierit, quo traditio fieri potuit. Hoc enim dicit, ante diem, qui stipulationi inest, agi non posse, ut et supra scriptis in locis de loco stipulationi adiecto traditum legimus. Nam qui *§. ult. Inst. de inut. stip.* sic interpretantur, ut dicant fundo promisso statim ex ea stipulatione iure agi posse; sed legitimum tempus ad præstandum dari, quo fiat, ut non videatur fundus peti posse, qui exigi non potest, quæ vulgaris interpretatio est: hi refelluntur primum verbis, quæ aperte continuo agi posse negant; agi, inquam, ac non solum exigi: deinde exemplo cæterarum obligationum, in quibus stipulatio ex re ipsa dilationem capit. Quantum autem intersit, utrum ab initio actio non detur iure ante certum tempus; an vero detur quidem statim, sed adversus exactionem detur debitori legitima dilatio, postea dicemus. Etenim non de fundo tantum Iustinianus scribit in *d. §. ult. de inut. sti.* sed de homine etiam promisso, puta Sticho: quem quidem constat natura esse posse in eo loco, ubi promittitur, atque ibi tradi: ut alibi sit, eoque eum præstare promissor non possit, non impedimento naturæ ascribendum sit, sed promissoris inopiæ, cui hæc facultas defuerit. Ideo et de eo statim agi posse Venuleii sententia est in *L. continuus*, *§. illud*, *infra*, *eod.* quam et adversus dubitationem aliorum, quæ ex eo, quod species una quamvis mobilis pluribus locis esse non potest, incidere poterat, bonis argumentis confirmat. Et non nego, si quis talis sit servus, qui non prohibeatur esse in eo loco, ubi promissor eum dare debet, confestim de eo agi posse iuxta Venulei sententiam, in eoque verum esse, quod vulgo dicitur, si de eo cum promissore agatur, dandum esse illi tempus, quod sit satis ad eum tradendum: sed hoc verbis Iustiniani non convenit. Quid ergo, alium hominem Stichum intelligere possumus? Sane vero possumus, et apud Iustinianum in *d. §. ult.* debemus. Demus eum servum promissum esse, qui sit in hostium potestate, qui ob id neque apud promissorem, neque apud alium quemvis natura esse possit: demus eum promissum, qui conditione servitutis in eo loco esse non possit, ubi promissum est; finge enim hac lege venditum, ne illic moretur: quam legem in mancipiis adiici solitam, et servari constat. *L. 1. 2. et 7. supr. de ser. exp. L. ult. C. si ser. exp. ven.* Sunt hi omnes in ea causa, ut vel natura vel iure loco moveri non possint, non magis quam fundus: et si hos promissor alio loco tradere non potest, quam in quo sunt, natura impediatur potius, quam suo incommodo: quoniam neque ipse, neque alius posset alio loco tradere. Quapropter vel auctore Venuleio officiet hoc impedimentum, ne ante promissor teneatur, quam aut captivus per rerum naturam ab hostibus recipi, aut qui alicubi morari ex lege venditionis debet, ibi tradi potuerit. De huiusmodi homine promisso, qui in facultate traditionis recte cum fundo comparetur, Iustiniani illam sententiam, quæ exstat in *d. §. ult. de inut. stip.* accipere debemus. At quemadmodum de fundo, ita et de homine promisso generaliter loquitur Iustinianus; neque ad istos homines, quorum exempla rara sunt, definitionem revocat. Ita est. Sed quod generaliter initio proponitur, id ex sequentibus definitionis verbis temperandum est. Ait enim non posse de fundo et homine promisso continuo agi, nisi spatium præterierit, quo traditio fieri possit. Hoc, *possit*, sic accipimus: quo possit per rerum naturam, non pro commodo privato suo, aut personæ facultate. Primum

quia

quia sic impedimentum præstationis facit, ne statim teneatur promissor, si est naturale, *d. L. continuus*, §. *illud*, *infr.* Deinde quia hanc traditionem, quæ natura fieri possit, intelligimus, cum de fundo agitur. Quo fit, ut et de homine promisso eandem traditionem intelligere debeamus. Hæc enim verba, *quo traditio fieri possit*, communiter et ad fundum et ad hominem initio propositum referuntur: est autem minime conveniens, ut idem verbum in fundo id quod natura fieri potest, declaret; in homine autem id, quod potest et natura et pro commodo promissoris, arg. in *L.* 4. §. 1. *sup. de vulg. et pup. sub.* Hæc de fundo, et specie certa dicta sunt, cum quæritur quando de his promissis agi possit: in quibus sententia §. *ult. Inst. de inut. stip.* est exposita. Quod ad constitutum attinet, idem aio non minus, et in hac obligatione diem inesse edicto Prætoris, quocunque tandem modo pecunia fuerit constituta. Ut non sit mirum, si ante eum diem pecunia peti non possit. Neque cum id dicimus, hic quidquam sit omnino, quod definitioni propositæ adversetur. Definitio hæc fuit ex omnibus puris stipulationibus confestim pecuniam peti posse. At obligatio omnis de pecunia constituta est in diem, non pura. Quippe constituitur actio et obligatio de hoc genere solum edicto Prætoris. §. *in personam*, *Inst. de act.* nam ex pacto solo hæc actio est. §. *de constituta*, *Inst. eod.* ex pacto autem Iure Civili non nascitur actio. *L. Iurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *supr. de pac.* Constituitur autem edicto Prætoris in diem: ut appareat constitutione ipsa et origine esse in diem. Indicant id verba edicti. Pollicetur enim Prætor actionem se de constituta pecunia daturum, non simpliciter si constituta sit: sed multis additis conditionibus; hac inter cæteras, Si appareat eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse quod constitutum est. *L. si duo*, §. *ait Prætor*, *supr. de const. pec.* Quæ verba sic acceperunt veteres: ut non statim conveniri possit is, qui constituit; sed tum cum aliquod tempus præteriisset, ex quo posset apparere eum neque solvere, neque fecisse. Nam si confestim cum eo agi potuit, nihil fuit illa conditione opus: sed absolute dicendum fuit, si quid cui con-
33 stitutum erit, actionem dabo. † Atque hinc Pauli dubitatio in *d. L. promissor*, §. 1. *de const. pec.* an si quid sine die constituas, tenearis. *Potest dici*, inquit, *te non teneri*; scilicet, quia ex edicto confestim tecum agi non potest, sed tempus aliquod præcedere oportet, prius quam agatur. Nunc autem in constituto, quo sine die constituisti te soluturum, nullum tempus est, ex quo appareat te non fecisse quod constitueris. Ille autem solvit dubitationem hoc modo. Etsi enim nullum hic tempus aperte comprehensum est in constituto: tamen ex verbis edicti intelligendum est *modicum*, post quod exactio celebretur; quasi post hoc appareat debitorem non fecisse, quod constitutum est. Id autem esse vult non minus, quam decem dierum. Interim hoc constat, quod posui, actionem et obligationem ex hoc edicto de pecunia constituta esse in diem. Sed cur placuit post tempus dari? an quod non fit constitutum, nisi in diem? atqui si non fieret nisi in diem, sufficiebat dies constitutus, neque decem dies post quos agi posset, interpretatione constituendi erant. Sed et pure pecuniam constitui posse et solere, usus constituentium declarat. Ac ne abeamus longius, in ipsa *L. promissor*, §. 1. *de const. pec.* quæstio ponitur de eo, qui sine die constituit. An potius quia constituendi verbum significat constituere in diem, ut si quid promittatur simpliciter, non sit constitutum? Multo minus de verbi significatione id dicere convenit. Constituere enim pecuniam nihil aliud est, quam constituere pro se vel pro alio se soluturum. *dict.* §. *de constituta*, *Instit. de act.* Nemo autem dubitat, quin quivis constituere possit hoc se facturum et pure, et in diem, et sub conditione. Non ergo verbi significatio, aut usus constituentium id facit, ut a Prætore non detur actio de constituto nisi post certum tempus: sed mens et consilium Prætoris, cui visum est hac lege de pecunia constituta actionem dare. Cur ergo visum, inquam, in eo, quod pure constitutum est, ut sic res differretur præter conventionem? non dubium, quin a Prætore factum sit, ut ei, qui constituit, consuleret. Quod ne quis ab illo factum miretur, præcipue in hac dilatione; multo magis in ea parte ab illo factum est, qua ita constituit actionem, Si per actorem factum non esset, quominus fieret, quod constitutum est. Quo intelligitur, si mora in creditore fuisset, quominus pecuniam oblatam ex constituto acciperet, Prætorem actionem non dare, et ita actionem, quæ competere cœperit, amitti. Ius, si cum aliis actionibus conferatur, singulare et novum. Nemo enim creditor ideo actionem amittit, quia semel in accipiendo eo, quod debetur, moram fecerit. *L. illud*, *supr. de per. et*

com.

com. rei vend. In quibus omnibus unum Prætoris studium reo consulendi et mitigandæ actionis apparet, cum et conventio constituti, et aliarum obligationum atque actionum exemplum aliud exigere videretur. Consulendi, et leniendæ actionis ratio hæc fuit, quod Prætor intelligeret iudicium de constituta pecunia proponendo, se eum, qui constituit, hoc ipso onerare, scilicet eum obligando ex pacto nudo; qui alioqui Iure Civili ex ea caussa non teneretur; æquum putavit sic constituentem nova actione premere; ut eam actionem quam lenissimam posset, in eum constitueret. Quod fecit et ei spatium ad solvendum dando, et actori, si semel moram in accipiendo fecisset, actionem denegando. De priore ergo genere superiorum locorum in speciem pugnantium satis responsum est, et intellectum, quam nihil ad puras obligationes, de quibus agimus,
34 pertineant. † Venio ad legitimam dilationem, de qua dixi aliis locis cautum esse. Nempe hoc est, quod hic obiicitur: nam in *L. quod dicimus*, *infr. de sol.* sub persona heredis obligati traditur, quod ad omnem debitorem pertineat, non esse videlicet heredem debitorem statim cogendum solvere: sed ei temperatum aliquod
35 tempus ad solvendum dandum. † Ubi nihil nocebit obiter monere locum corruptum esse, et ita legendum videri, *Quod dicimus in herede eum fideiussori*, et quæ sequuntur. Sed quod hic locus probat, tempus debitori dandum est ad solvendum neque is statim debet solvere. Verum si intellexerimus, cui debitori ab initio dari placeat hoc tempus, et præterea quodnam sit: facile videbimus non modo nihil hic esse contrarii; sed etiam hac dilatione præcipue confirmari, confestim cum debitore agi posse, idque utiliter. Ac de utroque dilucide comprehensum est in L.
36 *si debitori*, *supra*, *de iudi.* † Debitori etiam ab initio modicum tempus dandum esse ad solvendam pecuniam, illic quoque traditur: sed hac conditione, si ille fateatur se debere, paratumque dicat solvere. Adiicitur præterea modicum tempus hic intelligendum esse, quod post condemnationem reis indultum est. Neque aliud sensit Paulus in *dict. L. quod dicimus*, *de sol.* nam et de eo herede loquitur, quem in confesso sit fideiussori testatoris debere, de quo solum hoc quæratur, an statim debeat solvere: et quod de tempore, quod dandum esset, nihil expressit. Fecit idem, quod Ulpianus in principio *d. L. si debitori*. Verum hic postea, quod utrobique indefinite dictum erat, aperte definivit, et modicum tempus hic intelligendum esse scripsit, quod post condemnationem reis indultum esset. *Hic*, idest, in hac confessione debitoris, et dilationis petitione; de qua et Paulus sentit. In summa confitenti debitori tempus ad solvendum dandum est: et id tempus, quod lege iudicatis datur humanitatis caussa: de quo in *L. cum militi*, §. 1. *supra*, *de comp. L. 2. L. intra*, *supra*, *de re iud.* Hoc tempus qui dicit iudicatis dandum esse; an videtur negare pecuniam confestim peti posse; imo potius confestim peti posse confirmat: ideo enim reus condemnatus est, quia prius cum eo actum est, et utiliter. Ne is quidem id negare intelligitur, qui confitenti reo et postulanti idem tempus tribuendum esse dicit: sed potius hoc modo recte statim et utiliter pecuniam peti declarat. Nam primum his verbis denegatur ab initio hoc tempus ei debitori, qui negat se debere: quo declaratur cum eo, qui se debere neget, confestim agi posse; et quidem ita, ut iudicium de re controversa suscipere cogatur, et eo usque litigare, donec de re iudicetur, quod et confirmatur in *L. quidam*, *supr. si cer. pet.* Quod autem confitenti debitori tempus datur, etsi cum eo nullum iudicium est, et nihilominus dilationem habet; tamen non minus eo utilis petitio et actio est. Imo vero tanto utilior, quanto per eam maiore cum fructu, et minore cum molestia ac celerius creditor consecutus est, ut metu iudicii fateretur reus se debere; confessus statim haberetur pro iudicato; sic deinde quod tempus condemnatis dari solet, id iam nunc, non dico, acciperet, sed accipere cogeretur: quo finito nullam amplius dilationem
expectaret. † Ex quibus perspici potest, 37
quantum intersit, utrum dicatur debitor tempus habere, ante quod conveniri non possit, quia tempus insit stipulationi: an vero id habere, ante quod non cogatur solvere, quia id non a conventione, sed a lege accipiat. Prius qui habet, duplicem dilationem habet: nam ante tempus stipulatione comprehensum si conveniatur, ipsa stipulatio dilationem dat, qua tutus debitor actionem non metuit. Idem rursum si tempore præterito conveniri cœperit, sic iure tenebitur, ut tamen legitimum tempus a Magistratu accipiat, si fateatur se debere. Quod si tempus ad solvendum tantum ex lege erit: cum semel conventus debitor hanc dilationem acceperit, solam hanc habebit, nec post hanc alia expectabitur. Quod reliquum est, superioribus locis admone-

mur

mur, quomodo accipiendum sit, quod de pura stipulatione diximus, ex ea confestim agi, et pecuniam peti posse. Nempe hoc ita dicitur, ut possit statim peti illa quidem, idque utiliter, vel ad iudicium suspiciendum, vel ad confessionem debitoris, et ad fructum confessionis exprimendum: sed non eo usque peti, ut simul etiam debitor statim solvere cogatur. Nam cum res creditori adversus debitorem constituta erit vel iudicio, quo hic sit condemnatus, vel sine iudicio, huius ipsius confessione in iure facta: tum intelligemus humanitatis caussa et condemnato spatium ad solvendum dari, quod lege ad eam rem constitutum est; et huius exemplo dandum confesso, non ideo tantum quia confessi in iure pro iudicatis habentur: *L. 1. supr. de conf. L. unica, C. eod.* sed multo magis, quia auxilio legis dignior est is, qui bonam fidem agnoscens ultro de intentione creditoris est confessus: quam qui litigare malens vexavit adversarium, et fortasse dolo frustratus

38 est. † Apparet autem ex his, quantum tempus dicamus dandum esse confitenti reo. Si id tempus est, quod iudicatis dari solet; non sunt tantum decem illi dies, de quibus scriptum est in *d. L. promissor*, §. 1. *de cons. pec.* sed hi quos constat in hac re esse legitimos: olim quidem triginta dies ex lege 12. tabularum, qui in lege iubebantur iusti esse: nunc autem quatuor menses Iustiniani constitutione, *L. ult. C. de usu. rei iud.* nisi quid caussa cognita videbitur Magistratui tempus hoc legitimum aut arctandum, aut prorogandum: de quo

39 scripsi ad *L. 2. supr. de re iud.* † Id vero etiam magno argumento esse debet, decem illos dies qui appellantur in *d. L. promissor*, non esse dies legitimos, qui confitenti, et ei, qui pure constituerit, et cum quo ante utiliter agi potuerit, dentur ad solvendum: sed eos, qui dentur ad differendam actionem de pecunia constituta, ante quos pecunia ex edicto peti non possit, ut supra dixi: quibus præteritis non minus etiam debitori, qui constituit se soluturum, legitimum illud tempus supersit, sive conventus fateatur se debere, sive cum litigasset, postea condemnatus fuerit. Et sane si ageretur illic de eo tempore, quod reis ex lege ad solvendum dari solet vel condemnatis vel confessis: consuetum daret Paulus, non aliud, præsertim quod esset legitimo multo brevius. Sed omnium minime id faceret in pecunia constituta; in qua et illi propositum fuisse apparet ei qui constituit, consulere; et ut id faciat, est æquissimum: ne aut ei, qui constituit pro alio, beneficium summum noceat; aut is teneatur durius, qui pacto nudo promisit, quem potius ex ratione Iuris Civili minus teneri conveniebat. Quod si in constituente decem dies non intelliguntur dari ad solvendum in *d. L. promissor*; ne huius quidem argumento decem dies intelligemus in *dict. L. quod dicimus, infr. de sol.* cum quæritur, quod sit temperamentum illud temporis, quod illic non exponitur. Id autem esse *modicum* illud tempus, quod ad solvendum iudicatis datur, satis supra ostendimus ex *L. si debitori, supr. de iud.*

Atque hæc vis est stipulationis puræ. Dies obligationi adiectus quid efficiat, videamus. Et Ulpianus hic scribit diem adiectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur. Quibus verbis non satis exprimit, ante quod tempus non possit peti: et præterea videtur hoc etiam dicere, pecuniam ante diem non modo peti non posse, sed nec deberi: quod secus est. Quapropter de vi diei apertius dicendum est, quod non solum ad huius generis, sed etiam ad huius ipsius loci, in quo versamur, explicationem pertineat. † Ergo hoc 40
primum statuatur, de quo constat, diem adiectum debitori dilationem afferre, ut ne ante eum diem solvere cogatur. Quod cum significatio verborum ostendit; tum ex his quæ postea de hoc genere dicentur, intelligetur. † Cuius rei dilationem afferat, et 41
quousque, quæritur. Nam ex stipulatione quæ iure valeat, duo nascuntur; obligatio, qua fit, ut promissor iure debeat; et ex obligatione actio, qua fit, ut ab invito peti possit. Hoc quæritur, an die adiecto, horum utrumque differatur, et quousque. Et de petitione hoc convenit, quod in diem promissum est, ante diem peti non posse: non magis quam quod sub conditione debetur, peti potest ante conditionem. *§. in diem, Inst. eod. L. certi, supr. si cer. pet.* idque non exceptione aliqua consequitur debitor, sed iure ipso, potestate nimirum stipulationis: unde ex obligatione, quæ in diem sit, dicitur ante diem perperam agi *L. 2. §. qui ita, supra, de eo quod cer. lo.* † Nam quod traditur in *§. appellantur, Inst. de exc.* exceptionem temporalem pacti conventi dari, cum ita convenit, ne intra certum tempus ageretur: de eo pacto dictum est, quod interpositum est ex stipulatione seu obligatione iam ante pure contracta. Quod si stipulatio ipsa in diem concepta erit; efficitur stipulatione ipsa, ne ante diem peti possit. Proinde efficitur et Iure Civili: si quidem 42

sti-

stipulationem Iure Civili valere constat. §. *de constituta*, *Instit. de act.* ac stipulatione comprehensum est, ne ante diem deberetur, certe ne posset peti. Hinc illa est distinctio induciarum, id est, dilationum apud Iustinianum in §. *hodie*, *Inst. de exc.* ut aliæ sint, quas ipse actor sponte indulserit, aliæ quas natura actionis continet. Illæ sunt, quas pacto postea interposito adversus præsentem obligationem creditor debitori tribuit: hæ sunt dies stipulatione comprehensus, quo adiecto certam conditionem et naturam stipulatio accipit, quam postea immutare stipulator non potest, *L. vero*, *infra*, *de solu.* † Sed quod
43 dicitur ante diem agi, seu pecuniam pacti non posse, quibus verbis Ulpianus utitur in *dict. L. certi*, *supr. si cert. pet.* ambiguum est. Incertum est enim, utrum ita accipi debeat, ut sit ante diem cœptum, an vero ita, ut significetur ante exactum, nam verba utramque interpretationem admittunt. Et ad hanc dubitationem tollendam referri debet, quod in *dict.* §. *in diem*, ita scriptum est, non solum quod in diem debetur, peti non posse prius, quam dies venerit: sed ne eo quidem ipso die posse peti, in quem stipulatio facta est: quod valet, non posse agi, nisi exacto constituto die. Enimvero hic etiam occurrebatur: Cur enim ipso constituto die agi non potest, cum id actum sit, non ut eo die solvere posset debitor pro arbitrio, sed ut necesse haberet? sic enim verba sunt; Calendis dabis? Calendis dare spondes? Dicendum est eo fieri, quia ut eo die necesse habet debitor ex conditione stipulationis solvere: ita id actum est: ut posset toto eo die, idest, qualibet eius diei parte solvere: cuius rei rationem reddidi in *L. sequen.* Porro utrum aliqua parte solutum sit, necne, ante sciri non potest, quam is dies præterierit: quæ rursum ratio est, qua ad superiorem obiectionem diluendam Iustinianus utitur in extremo eius §. dum vult efficere totum diem adiectum tribui debere arbitrio solventis. Quod si obligatione in diem constituta ante agi non potest, quam dies præterierit: apparet in eo genere dici debere diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit; sed cum is venit, qui illum sequitur: est enim is, quo primum pecuniam peti posse diximus; non is, in quem stipulatio collata est. Sane qui hodie dari stipulatus est, non expectat, donec hodiernus dies præterierit, sed potest eodem die petere auctore Papiniano in *L. liber*, §. 1. *infr. eod.* Verum ideo, quia obligationem huiusmodi negat esse in diem: de quo supra etiam diximus. Ergo die adiecto differtur petitio citra controversiam: et quo usque differatur, dictum est. † Sed an sola differtur peti- 44
tio, an vero etiam obligatio: ut quæ in diem debetur pecunia, ea non modo non possit peti ante diem, sed nec debeatur? Verba Ulpiani hoc loco efficere videntur nec ante pecuniam deberi. Ait enim, diem adiectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur. Sed hic *debendi* verbum, ut et paulo ante, cum effectu accipiendum est, ut significetur non plene et efficaciter ante diem pecuniam deberi: idest, non ita, ut et peti possit ante diem: re vera enim peti non potest, ut diximus. Cæterum quod in diem debetur, etsi ante diem peti non potest, debetur tamen, et quidem statim ex quo obligatio contracta est. Quod diserte scriptum est in *d.* §. *in diem*: eademque sententia dictum est, stipulatione in diem concepta præsentem obligationem esse; in diem autem dilatam solutionem. L. *centesimis*, *infra*, *eod.* Item et illud, ubi quis in diem stipulatus est, cessisse diem stipulationis, etsi nondum venit. *L. cedere*, *infra*, *de verbor. signification.* Sed quomodo ante diem dici potest quidquam deberi, cum pro non dicto sit, quod dare quis nisi velit, cogi non potest? *L. sub hac*, *supra*, *de obligat. et action.* Quomodo dici obligatio: cum obligatio definiatur, qua necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ. Tit. *Inst. de obligat.* nulla autem necessitate teneatur is, a quo invito pecunia peti non potest, non dico Iure Prætorio propter exceptionem, sed ipso iure, quia conditio ipsa stipulationis id non concedat, ut supra effectum est? An dicemus quod in diem debetur, Iure quidem Civili ante diem non deberi, eoque nec prius natam esse veram illam obligationem, quæ dicitur, et quæ necessitate adstringit contrahentes: verum deberi natura, unde et præsens sit obligatio, sed naturalis? Imo qui in diem obligatus est, etiam ante diem omni iure dicitur debere et Civili et Prætorio, si ea caussa fuit debendi, ex qua sine die utroque iure debiturus esset. *L. 1.* §. *ult. supra*, *de constitut. pecun.* Quomodo igitur hæc cum necessitate illa debendi et obligationis, quam exigimus, conveniunt? Optime: nam et eum, qui in diem debet, etiam ante diem certum est necessitate adstringi pecuniæ præstandæ. Non adstringitur, ut solvat in præsentia: vere tamen et recte dicetur eum in præsentia, et iam nunc adstringi, ut quandoque solvat: quia certum

tum est id postea futurum. Quod non fit,
conditione adiecta, ut enim antē eventum
conditionis nulla necessitas est rei præstan-
dæ: ita nec certum est ullam hanc ne-
cessitatem postea futuram, quia incertum,
an conditio existat: et hoc est, quod di-
citur in *L.* 1. *supra*, *de cond. et demon.*
ideo cum dies adiectus est, quamvis dies
non venerit, solvi tamen posse (quo si-
gnificatur diem cessisse et cœpisse pecu-
niam deberi) ideo inquam, hoc ita es-
se, *quia certum est debitum iri*: nempe
cum effectu, ut aliquando heres solvere
necesse habeat. Sed videndum est, dixerit
aliquis, ne de verbis sit hæc disputatio,
non de re. Nam in re quid interest, utrum
quid dicamus ante diem omnino non de-
beri; an vero ita deberi, ut peti non pos-
45 sit? † Ergo hoc iam restat, ut quid inter-
sit, cognoscamus ne in eo statuendo fru-
stra laborari existimemur. Multum vero re-
fert in utramque partem: nam et stipula-
tori prodest intelligi pecuniam ante diem
deberi, quamvis petere adhuc non possit,
et prodest promissori. Stipulatori conducit
ad eas res, ad quas constituendas quodvis
debitum et vel sola naturalis obligatio suf-
ficit. Itaque conducit ad impediendam in-
debiti condictionem; ad efficiendam con-
stitutæ pecuniæ obligationem; ad novatio-
nem. Qui in diem debuit, quasi pure obli-
gatus esset, solvit per errorem ante diem;
non repetet: quia creditor debitum acce-
pit. *L. in diem*, *L. sub conditione*, *in
fin. et LL.* 2. *seqq. supra*, *de cond. ind.*
Qui in diem debuit; ante diem pecuniam
promissam constituit, aut eius nomine alius,
constituto tenebitur, et quidem statim:
quia debitum constituit. *L.* 3. §. *ult. et
L. seq. supra*, *de constitut. pecun.* Pro-
inde et stipulatori ante diem ea obliga-
tio poterit novari: cum placeat qualiscun-
que obligatio sit, quæ præcessit, etiam
naturalis, eam novari verbis posse. *L.* 1.
in fin. L. in diem, *infra*, *de novat.* Sed
debitum stipulatori prodesse non mirum:
quando creditoris augendi caussa debi-
tum omne constitutum est. At promisso-
ri prodesse, quod aliquid ante diem de-
bitum esse dicimus, mirum videri potest:
cum debitum debitorem onerare constet,
non augere. Sed nihilominus et hoc sta-
tui promissori utile esse verum est. Non
prodest ei, ut obligetur: at prodest, ut
ei et ante diem solvere liceat, ac solven-
46 do liberetur. † Ac quod in diem debe-
tur, etiam ante solvi posse, licet peti non
possit, multis locis traditum est: ut *L.
stipulatio ista*, §. *inter*, *supra*, *eod. L.*
continuus, §. *cum ita*, *infra*. *L. quod cer-
ta*, *infra*, *de sol.* Sed hoc non alia ex re
fit, quam quod ante quoque fuit debitum.
Quod nisi debitum esset, neque id solve-
re posset promissor, nec si dedisset ultro
accipienti, liberaretur: ut exemplo eius,
quod sub conditione debetur, et ante con-
ditionis eventum præstatur, liquido intelli-
gi potest, de quo postea. Et volenti ante
diem solvi posse inter omnes convenit. † 47
An possit etiam invito, videndum est: ex-
titerunt enim nostra ætate, qui negarent.
Et loci scripti de vi et efficientia diei ad-
iecti consulendi sunt: his lectis et vel me-
diocriter expensis mirabor, si quis dubita-
bit quidquam esse verius, quam quod omnes
omnium prope ætatum interpretes ex his si-
ne ulla hæsitatione statuerunt, quod in diem
promissum est, dum non aperte dies ad-
iectus sit creditoris caussa, vel statim et
invito creditore solvi posse. Et ex tribus il-
lis locis quos proxime citavi, potest ambi-
gi, an satis hanc sententiam exprimat *L.
continuus*, §. *cum ita*, *infra*, de quo op-
portunius eo loco dicetur. At certe de duo-
bus reliquis dubitari non potest, *L. stipu-
latio ista*, §. *inter*, *supra*, *eod. L. quod
certa*, *infra*, *de sol.* Nam primum in utro-
que ita scriptum est, *quod certa die pro-
missum est*, *vel statim dari posse.* Etsi
nihil præterea adiectum esset: tamen his
verbis satis significaretur statim dari posse
etiam invito creditore. Id enim potest pro-
missor, quod iure suo potest: et potest
suo iure, quod potest invito adversario.
Neque enim posse dicendus est id, in quo
quominus possit, iure possit ab alio pro-
hiberi: idque ita esse hæ orationes decla-
rant. Ex stipulatione hac; mihi aut Titio
dabis? dicitur Titio solvi posse. *L. quod
stipulatus*, 10. *L. si ita stipulatus*, 59.
infr. de sol. Id omnes dici intelligunt,
posse etiam me invito. §. *plane*, *Instit.
de inut. sti.* L. *vero*, *inf. de sol.* Qui
Stichum aut Pamphilum promisit, dicitur
eligere posse, quod solvat. *L.* 2. §. *Scæ-
vola*, *supr. de eo quod cer. lo.* seu posse
solvere, utrum velit, quandiu ambo vi-
vunt. *L. Stichum*, *infra de sol. L. illud*,
supr. de const. pec. Id valet, posse utrum-
libet solvi etiam invito creditore. Ex duo-
bus rei stipulandi unus solidum petere po-
test, et si non sint socii, amplius unus
novare obligationem potest, et promisso-
rem vel acceptilatione vel pacto liberare.
L. *si unus*, *sup. de pac.* L. 2. *infr. de
duo. reis.* Id non habet hanc sententiam,
ut possit unus, si alter non prohibeat: sed
ut possit, etiam invito altero. §. *ex huius-*

mo-

modi, *Instit. de duo. reis.* Ergo, ut dixi, cum in *L. stipulatio ista*, *§. inter*, *supra*, *eod.* et in *L. quod certa*, *infr. de sol.* ita scriptum est, *quod certa die promissum est, etiam ante diem dari et solvi posse*; ut nihil additum esset amplius; tamen his verbis hanc sententiam contineri intelligeremus: etiam ante diem dari posse, sive creditor velit, sive nolit. Nunc autem utroque in loco additum est rationis loco, quod omnem dubitationem eximeret, si qua forte esse posset in præcedentibus verbis, cum ita subiicitur: *totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur.* Quomodo liberum promissori ad solvendum, si non est in eius potestate, cum velit, solvere? at non est in eius potestate, si licet creditori ante diem solutionem iure recusare. Quærat ergo aliquis, quamobrem totum medium tempus liberum sit ad solvendum promissori. Adde igitur, quod de fine diei adiecti hoc loco scripsit Ulpianus: tum rem minime omnium dubiam effeceris. Apparet, inquit, diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Quod et regula iuris comprehensum est; non tamen usque adeo diserte. *L. cum tempus*, *infr. de reg. iur.* Hac sententia quæstio confecta est. Omnes enim concedunt, quod pure et sine die debetur, statim solvi posse invito creditore: ut illo recusante accipere, si pecunia solemniter obsignetur, ipso iure liberatio contingat. *L. obsignatione*, *C. de sol.* Sine obsignatione autem si accipere recuset, moram faciat, ac pecunia postea amissa debitor exceptione liberetur. *L. qui decem*, *inf. de sol.* Liceat ergo promissori eodem modo pecuniam, quæ in diem promissa sit, et ante diem ac statim solvere: quia superiore ratione eo res deducitur, ut cum reo videbitur, perinde haberi debeat, ac si dies adiectus non esset. Si dies pro reo est, non pro stipulatore: licet ei die uti, si velit, ne ante solvere cogatur. Si nolit, et ei videatur commodum statim solvere; licet die non uti, atque adeo diem contemnere: ut hoc modo nihilo magis ei dies noceat, quam si omnino adiectus non esset. Idque ius est de omnibus iis, quæ nostra gratia constituta sunt, contemnendis, sive lege tributa sint alicui: sive parta conventione *L. si Iudex*, *supr. de minor.* *L. pen. C. de pac.* *L. 2. sup. de leg. com.* Et cur dies adiectus commodis promissoris officiat, qui illius caussa ideo adiectus est, ut prodesset? Hæc non a me primum animadversa sunt et tradita: sed in medio loci superiores cum essent, et verbis ac ratione ad communem etiam intelligentiam expositis constarent, ita sunt accepti ab omnibus interpretibus, ad hanc usque ætatem, ut nemo inventus sit, qui vel nutu significaret suspicari se aliud in hac re cuiquam videri posse. Fuerunt tamen nostra ætate, qui contra scriberent, defenderentque promissorem ante diem invito solvere non posse; sed licere creditori, quod ante diem offeratur, recusare impune, ut nec propterea moram faciat, aut postea re amissa, vel extincta teneatur. Quorum ego rationem in hac re, fateor, nequeo satis mirari. Nam cum essent superiores loci eiusmodi, ex quibus de quæstione proposita iudicium fieri oporteret, ita scripti, ut pene invitis superioris sententiæ confessionem extorquerent: tamen quasi nusquam essent proditi, aut quasi ad illam sententiam plane nihil pertinerent, ita de his altum silentium agunt; et sua quadam ratione delectati ad obscuros quosdam locos, et ab ipsis parum attente lectos nos revocant: quasique sufficeret illos tantum indicari, ut in rebus maxime exploratis fieri solet, ita illis leviter appellatis asseveranter statuunt, quod dixi, creditorem quod in diem debeatur, ante diem accipere non cogendum; itaque nec invito solvi posse. Quod cum omissis prioribus illis locis, nec refutatis fecerint, non video quid consecuti sint contra dicendo, nisi ut existimarentur aut eos locos non legisse, aut in eorum sententia id non vidisse, quod omnes vident; ac nihilominus ea sententia, quam eorum locorum esse omnes intelligunt, illis locis stantibus integra maneat. Quia tamen aliquid contra afferunt, quale id sit, videamus. Et hæc duo sunt in summa. † Unum, 48
quod in *L. si soluturus*, *infr. de sol.* traditur iustam esse caussam creditori ad recusandum, si non opportuno tempore, aut loco debitor offerat. Alterum, quod in *L. item*, *in princip. supra*, *de constit. pec.* ita scriptum est, si per creditorem non steterit ad diem constituti, nihil ei nocere, si ante steterit. Hæccine erant, quæ nos a vetere illa tam certa et manifesta sententia ad istam abducerent? Atqui prius pro ista nihil facit: posterius etiam ei ipsi sententiæ maxime adversatur. Inopportuno tempore pecuniam offerre non licet. Vere hoc dicitur. Ergo quod in diem promissum est, ante diem offerre non licet: non recte colligitur. Prius enim probandum erat non esse opportunum offerendi et solvendi tempus, id, quod diem adiectum antecedit: quod nunquam obtinebitur. Nos quidem maxime idoneum et opportunum esse conten-

tendimus. Nec longe quærimus probationes, aut eas, quæ sint obscuræ et difficiles; sed notis et apertis locis utimur: in quibus scriptum est, totum medium tempus liberum esse promissori ad solvendum; et adiicitur ratio, ex qua prius illud necessario consequitur; quia scilicet dies adiiciatur promissoris gratia, non stipulantis. At enim ex eo quod dicitur non recte pecuniam offerri inopportuno tempore, satis colligitur esse aliquod non opportunum offerendi tempus. Non nego: sed non ideo efficitur id esse in obligationibus in diem, cum ante diem pecunia offertur. Quodnam ergo non opportunum tempus? si quid debetur sub conditione, et pendente conditione offertur: cum nondum nummi debentur, et sunt in ea caussa, ut si creditor accipiat, debeat eos deficiente conditione reddere. *L. stipulatio ista*, §. *inter*, *supr. eod. L. qui promisit*, *supr. de cond. ind.* Sed etsi quid in diem debeatur ex testamento ita, ut diem legatarii caussa adiectum esse appareat, non licet ante diem solvere, ut postea dicemus. Quinimo et in præsente obligatione, qualis proponi videtur in *d. L. si soluturus*, illis verbis, *si soluturus pecuniam tibi iussu tuo eam apud nummularium deposuerim*, potest pecunia offerri non opportuno tempore: ut si aliis rebus necessariis occupato creditori offeratur pecunia, ut probetur; et petatur ab eo, ut omissis occupationibus veniat ad pecuniam probandam, de qua specie illic agitur. Denique hoc contendo cætera omnia tempora potius videri posse non opportua ad solvendum et offerendum, quam in obligationibus in diem illud tempus, quod diem præcedit, ubi non probetur diem creditoris caussa esse adiectum. Hæc enim ratio semper animo obversari debebit; si pure quid promissum esset, et statim solveretur, opportune solveretur. Ergo et quod in diem debetur, si solvetur ante diem: quia volente debitore perinde res haberi debeat, ac si dies adiectus non esset. At comparantur locus et tempus in *d. L. si soluturus.* Constat autem loco adiecto, invito creditore alio loco solvi non posse. *L. pen. supr. de eo quod cer. lo.* Hic diceretur aliquid, si verum esset, locum et tempus illic comparari, quod secus est. Comparantur inter se locus inopportunus, et tempus inopportunum. Recte: non enim magis inopportuno tempore offerre licet, quam licet non opportuno loco. Sed prius quærendum est, quodnam sit tempus non opportunum, et quis non opportunus locus: in quibus diiudicandis, errat, si quis eandem definitionem adhiberi debere existimat. Scimus locum non opportunum dici, quisquis est alius ab eo, qui dictus est solutioni; *d. L. pen. supr. de eo quod cer. lo.* sed non ideo inopportunum tempus id, quod est aliud ab eo, quod constitutum est ad solvendum. Quorum utrumque efficitur propriis rationibus, et naturæ utriusque convenientibus. Tempus namque promissoris caussa adiicitur, non stipulatoris, ut hic diserte scriptum est. Locus adiicitur utriusque gratia et creditoris et debitoris. *L. 2. de eo quod cer. lo.* Ac cur dicamus locum potius utriusque caussa adiici, quam diem, non est obscurum: habent enim singula loca suam utilitatem in mercibus vendendis aut emendis, itemque in pecuniis collocandis, aut sumendis aliunde: quia varia sunt pretia rerum per singulas civitates, regionesque; pecuniæ quoque aliis locis facilius inveniuntur, aliis difficilius, ut est in *L. interdum*, *supr. de eo quod cer. lo.* Dies autem utilis esse potest debitori, ne ante solvere cogatur; creditori nullam utilitatem potest afferre, si tantum ad differendam petitionem adiicitur; sic enim dies efficit, ut minus ei præstetur propter interusurium medii temporis, quo ille cogitur carere. §. *tempore*, *Instit. de act.* §. *ex contrario*, *Instit. de leg.* † 49
Iam de *L. item*, *supr. de constit. pec.* videamus, verba hæc sunt: *Item illa verba Prætoris*, neque per actorem stetisse, *eandem recipiunt dubitationem*, *et Pomponius dubitat*, *si forte ad diem constituti per actorem non steterit*, *ante steterit*, *vel postea*, *et puto et hæc ad diem constituti ferenda.* Est autem hæc sententia; edicto datur actio de pecunia constituta, hac conditione, Si appareat per actorem non stetisse, quominus fieret, quod constitutum est. *L. si duo*, §. *ait*, *de const. pecun.* Proinde si per eum stetit, quominus fieret, actionem de constituta pecunia non habebit: quantumvis exstet res constituta. Propone iam hoc modo: Constituit aliquis se soluturum Calendis; is ante Calendas pecuniam obtulit creditori, quam ille accipere recusavit. Sed Calendis adest creditor paratus pecuniam accipere, si debitor tunc offerat: verum nemo offert; ut appareat iam hic per actorem non stetisse constituti die, quominus constitutum fieret. Quæritur, an actor ex edicto actionem habeat: nam utrumque verum est, et per eum stetisse, et per eum non stetisse, si diversa tempora in hac re spectentur. Itaque et quæstio in eo est, utrum ex his temporibus potius sequendum. Ulpianus ait hæc verba, *per actorem*

rem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, hæc, inquam, *ad diem constituti referenda.* Significat autem satis esse, si per actorem non steterit die constituti, quominus constitutum acciperet; etsi per eum aliquando stetit antea. Ergo impune creditor recusavit accipere pecuniam ante Calendas, dixerit aliquis; et per eum antea non stetit secundum verba edicti, quæ ut creditor possit agere, exigunt, ut per eum non steterit. Imo non alius locus evidentius probat per actorem stare posse, et moram fieri etiam ante diem, quam hic unus locus Ulpiani. Diserte enim Ulpianus proponit eum, qui in diem debeat, et per quem ante diem steterit. Itaque fatetur per eum stetisse ante diem constitutum: sed hoc ei nocere negat in eo, de quo quærebatur: non potest autem ante diem per actorem stare, idest, non potest mora fieri, quominus fiat constitutum, nisi cum ante diem pecunia constituta ei oblata est, et ille sine iusta caussa accipere recusavit. *L. qui decem, infr. de solut.* Non fuit igitur ei caussa recusandi, quod pecunia ante constituti diem offertur. Et cum moram in hac re creditor faciat, eveniet, quod de omnibus aliis creditoribus, qui moram in accipiendo faciunt, traditum est in *L. qui decem, infra, de sol.* ut si debitor pecuniam a se oblatam postea sine culpa sua amiserit, doli mali exceptione possit se tueri adversus creditorem: ne quis forte hic fateatur verbo moram fieri ante diem; re autem fieri neget, quia ea non noceat. At Ulpianus in *dict.* L. *item*, dicit spectandum non esse, quid ante factum sit, sed quid die constituti: nempe id dicit interpretans eam partem edicti, in qua quærebatur, an quamvis per actorem aliquando stetisset, tamen is post diem constituti agere posset ex constituto: et hoc vult intelligi nihilominus agere posse, si ad diem constituti per eum non stetit. Ex quo apparet hoc eum dicere, quod per actorem ante diem constitutum stetit, hoc ei non nocere, quominus et post diem constituti venientem possit agere de pecunia constituta. Non ergo simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad hanc actionem movendam rebus adhuc integris. Hoc vero non est argumentum non nocere aliis in rebus. Multo minus argumentum est prius moram non esse factam: nam et cæteri omnes creditores, quibus ex aliis caussis debetur, etsi maxime in accipiendo moram fecerint; nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quandiu res debita exstabit. *L. illud, supra, et de per. et com. rei ven.* Cur autem, cum quæritur in proposito, an per actorem steterit, velit Ulpianus non omnia tempora, quibus per eum stetit, esse spectanda, sed solum diem constituti: ex structura et compositione verborum edicti sumptum videtur. Nam illa verba, *quod constitutum est*, pariter ad actorem referuntur, et ad reum. Ad actorem cum ita dicitur, Si appareat per actorem non stetisse, quominus fieret, quod constitutum est; ad reum, cum ita dicitur prius, Si appareat eum non fecisse: subiicitur enim; quod constitutum est. Iam vero in persona rei hæc verba significant, Si appareat eum non fecisse sua die, quod constitutum est. Proinde et in persona creditoris idem significabunt, Si appareat per eum stetisse, quominus sua die fieret, quod constitutum est: ut eadem oratio eadem significatione ad utrumque membrum referatur; ut fieri debere monemur in *L.* 4. §. 1. *supra, de vulg. et pup. sub.* Stet igitur certi iuris sententia; Quod in diem promissum sit, et generaliter, quod in diem debeatur, vel statim solvi posse, quamvis invito creditore: † postquam non in stipu- 50
lationibus tantum, sed in omnibus aliis caussis recte statuitur, diei adiectionem pro debitore esse, non pro creditore. De stipulationibus hic scriptum est: de aliis caussis in *L. cum tempus, infra, de regul. iur.* Quod tamen totum in re dubia dictum accipiendum est, et tum, cum nihil aliud aperte probatur in testamento quidem de mente testatoris, in contractibus autem de mente contrahentium. Cæterum in testamento diem legatarii non heredis causa adiici posse constat, *dict. L. cum tempus, de reg. iur. L. si ita relictum, §. Pegasus, supra, de leg. 2. L. Iabolenus, alias, eum qui, supra, de an. leg.* Nec dubium est, quin idem agi possit in stipulationibus, aliisque contractibus, et cum actum fuerit, quin eodem modo contrahentium conventio servanda sit, quo in testamento voluntas testatoris. Hoc cum sit, dubitari non debet, quin si ante diem pecunia offeratur, iuste creditor hanc obligationem recuset: etiam si dicturus sit debitor creditorem quæri non posse sibi iniuriam fieri, cum ante diem solvendo plus præstet, quam debuerit. *§. tempore, Inst. de act. dict.* L. *Iabolenus, supra, de an. leg.* Nam primum cum dies illius caussa adiectus sit, ius illi quæsitum est vel testamento, vel stipulatione: de quo illi pro arbitrio suo statuere permittendum est. Hoc ius illi invito auferri non debet: nec vero potest si-

ne iniuria. *L. habere, supr. de evic. L. vero, infr. de sol.* Deinde constat creditorem accipere recusantem, moram non facere, eoque recusare impune, si iustam caussam habet recusandi. *L. qui decem, infr. de sol.* Nulla autem recusandi caussa iustior, quam si in testamentis per voluntatem testatoris differre licet; in contractibus per conventionem. Adeoque in hac re valet voluntas testatoris, ut si ideo legatarii caussa diem adiecerit, quod ante eum diem legatarius rem familiarem tueri non posset: hic non modo non liceat solvere invito; sed nec volenti, ut liberatio contingat: *d. L. Iabolenus, de an. leg.* scilicet quia voluntas testatoris refragetur. Quod ita dictum est, ut hoc casu liberatio non contingat, quamvis alioqui ea fuerit conditio legatarii, ut ei secundum regulas iuris solvi posset. Nam alioqui pupillo aut prodigo nec si pure quid legatum esset, solvi posset sine auctoritate tutoris aut curatoris, ut debitor liberetur. *§. at ex contrario, Instit. quibus ali. lic. vel non. L. Iulianus, supra, de curat.*
51 *fur. et aliis ex. mi. dan.* † Creditoris caussa diem ad solutionem adiici nemo dubitat, cum vel stipulator in diem stipulando, vel testator in diem legando nominatim cavet; ne ante diem solvere invito liceat. Sed etsi id aperte verbis comprehensum non sit; tamen et aliis indiciis mens, eius, qui diem constituit, non minus colligitur. Et in testamentis placet diem legatarii caussa adiectum videri, cum post certum tempus legatur ei, qui rem suam tueri et recte administrare non potest, in id tempus, cum melius et facilius poterit: et præterea testator declarat se ob id differre, quia nolit rem legatam lubrico ætatis, tutelæ, aut curæ interim committi. Persona facit, ut cautione testatoris in rei legatæ conservatione et administratione indigeat: et ideo persona huiusmodi ad significationem superioris mentis testatoris exigitur in *L. si ita relictum, §. Pegasus, supr. de leg. 2. et d. L. Iabolenus, supr. de an. leg.* Sed non est satis eam esse personam legatarii, nisi et testator testetur se ideo tempus adiecisse, ne rem medii temporis periculo committeret; hanc enim caussam præcipue exigit Papinianus, ut videatur dies adiectus esse pupilli legatarii caussa, in *L. 3. §. cum Pollidius, supr. de usur.* Et certe legatum sic relictum impuberi, cum pubes erit, quale est quod iudicatur in *d. L. si ita relictum, §. Pegasus, de leg. 2.* si nihil præterea adiiciatur de mente testatoris, quo significetur ipsum velle, diem legatarii caussa adiici: non est legatum in diem, sed sub conditione: qua deficiente, ne res quidem ipsa legata debebitur, nedum etiam rei legatæ fructus medio tempore percepti. L. *si Titio, supr. quan. di. leg. ce.* Exemplo legatorum idem probandum puto, si pupillus fundum sibi dari stipuletur post certum tempus, præfatus id quidem agi, ut præsenti die res fiat ipsius; sed cupere se, ut propter lubricum ætatis, vel tutelæ differatur solutio in tempus constitutum. Quod si diem creditoris caussa his modis adiectum esse non constabit, manebit ius quod posuimus, ut quemadmodum diei adiectio intelligitur pro reo esse, non pro stipulatore; ita et reo ante diem, atque adeo statim solvere liceat, non modo admittente creditore, sed etiam invito. † Sed et hoc, 52
et superiora omnia ad vim diei pertinentia, quæ ex eo effici diximus, quod res in diem promissa etiam ante diem et statim deberetur, de die certa dicta sunt. Alia caussa diei incertæ. Hæc conditionem habet, ut supra docuimus: proinde et ad conditionis ius referenda est: ex quo etiam eadem opera, quid inter certam incertamque diem intersit, intelligetur. Meminerimus autem semper in his omnibus, quæ de dilatione diei adiecti dicta sunt, loqui nos de eo die, qui ita adiiciatur, ut vel eo die obligetur promissor, vel ut eo pecunia solvatur. Quod si qui alterius rei caussa adiecti sint, quam differendi, hi nec rem differunt, neque ad hunc locum pertinent: ut in definitione stipulationis in diem diximus.

† De vi conditionalis stipulationis restat, 53
ut dicamus; vel ob hoc maxime, ut vis certi diei, de quo hic agitur, ab incerti vi secernatur, ne similitudine decepti etiam in certi quæstione labamur. Iam dixi conditione differri obligationem in casum. Hinc potest intelligi, et quis obligationis status sit ante eventum conditionis, et quis postea. Pendente adhuc conditione (quod fieri dicitur, cum nondum conditio exstitit) obligatio differtur in casum. Id hanc vim habet, ut tantisper quod promissum est, non modo peti non possit, sed ne deberi quidem. Quod significatur in usu iuris, cum dicitur, ubi quis sub conditione stipulatus est, neque venisse, neque cessisse diem, *L. cedere, infr. de verb. signif.* Contra ubi exstitit ille casus, in quem conditio collata est (quod cum factum est, ipsa etiam conditio, quæ hunc casum continet, extitisse, et impleta esse dicitur) iam intelligimus desinere differri obligationem, si verum est eam in hunc solum casum differri. Itaque tum certo statui-

tuitur obligatio non secus, quam si pure esset contracta. *L. si pupillus, supr. de*
54 *cond. inst.* † Ubi notandum est, cum semel conditio exstitit, non ita obligationem statui, quasi tum primum inciperet; sed perinde rem haberi, quasi retro versus eo tempore, quo res sub conditione contracta est, sine conditione gesta esset. *L. potior, supr. qui pot. in pig. L. necessario*, illic, *idem Pomp. supr. de per. et com. rei vend. L. si fundum a, supr. de*
55 *cond. et dem.* † Ergo cætera omnia conditioni cum die certo communia; et quod prius quam aut hic venit, aut illa exstitit, pecunia peti non potest; et quod postquam utrumque tempus venit, ita constituitur obligatio, ut si pure, aut in diem ab initio contracta esset, non alia futura fuerit. Una hac in re dissimilem vim habet conditio, in quo etiam propriam cognitionem desiderat; quod die adiecto sic ante diem pecunia non potest peti, ut tamen debeatur, et sit præsens obligatio; ex quo illa consequentia, quæ supra diximus: conditione autem adiecta non petitio aut solutio solum differtur; sed ipsa adeo obligatio, ut ante conditionis eventum nihil plane debeatur. Itaque deficiente conditione eo res deducitur, quasi nihil omnino unquam promissum, actumve esset. Unde rursum non dissimilia tantum; sed ut ex contrariis caussis contraria omnia, cum de solutione rei sub conditione promissæ, tum de solutæ repetitione, denique constitutione pecuniæ, et obligationis novatione, totidemque rebus dies certus a conditione distinguitur. Quod si dies incertus conditionem habet, quod supra docuimus: necesse est totidem illis rebus diem certam ab incerta distare. Nam quid inter ista interesset, quæsitum est, ut indicat L. *stipulatio ista, §. inter, supr. eod.* Neque vero in ea differentia, quæ illic de potestate pecuniæ ante diem solvenda dicitur, con-
56 sistere oportet. † Sic ergo de conditione et die incerta iam colligamus. Quod sub conditione aut in diem incertam debetur, veluti, si aliquid factum erit, aut cum aliquid factum erit, ante diem incertam non debetur. Proinde ut a postremis tanquam notioribus regrediamur ad priora, interim stipulatio novari non potest: *L. quoties, infr. de novat.* cum novatio sit prioris debiti in aliam obligationem transfusio *L. 1. infr. de novat.* Interim pecunia pure constitui non potest; sed constituta eadem conditione suspenditur *L. id quod, supr. de cons. pec.* quoniam quod constituitur, debitum esse oportet. *L. 1. §. pen. et ult. L. item, §. 1. de con. pec.* Ante quoque per errorem solutum repeti potest: scilicet quia indebitum solutum. L. *sub conditione, L. quod si ea, L. qui promisit, supr. de cond. ind.* Sed quod præcipuam dubitationem habere poterat; etsi promissor conditionem aut diem incertam non ignorans pendente conditione solutum velit: tamen solvere non poterit, non dico invito creditore, sed ne illo quidem pecuniam datam ultro accipiente: quia, aiunt veteres, non fecit, quod promisit. *L. stipulatio ista, §. inter, supr. eod.* L. *qui promisit, supr. de cond. ind.* hoc est, quia non debuit; id enim debetur ex stipulatione, quod promissum est. Ex hac vero ratione recte prius illud utrumque de solutione infertur. Invito ante diem incertam pecunia non recte solvitur; scilicet quia non est solutio, nisi rei debitæ. Quod enim dicitur *in princip. tit. quib. mod. tol. ob.* solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem: non temere adiectum est: *eius quod debetur*; sed ideo, ut intelligeremus quemadmodum huius solutione obligatio tollitur; ita eius quod non debetur, nullam esse solutionem. Unde dictum, aliud quam quod debetur, invito creditore solvi non posse *L. 2. §. 1. supra, si cer. pet.* pecunia autem in diem incertam promissa: ante diem non debetur. Eadem etsi ultro accipienti data sit; tamen nec solutio nec liberatio contingit: primum eadem illa ratione, quod non sit solutio nisi rei debitæ: deinde et item altera, quia non possit esse liberatio, nisi ab obligatione præcedente: hæc autem ante diem incertam nulla est. Hinc pecuniæ interim datæ repetitio. *dict. L. qui promisit, de cond. ind.* quam intelligere debemus paratam esse non tantum ei, qui per errorem tanquam debitam solverit: sed etiam ei, qui sciens dederit, ut liberaretur: sic enim repetet tanquam ob caussam datum caussa non secuta. Quæ tamen omnia pro tempore, quod diem incertam antecedit, intelligenda sunt. Nam si, pecunia ante data necdum repetita, postea conditio extiterit, intelligetur debitor iam olim liberatus *L. sub conditione, infr. de solu.* quasi scilicet et iam ante a principio debuerit, quod conditione existente evenire supra diximus. Videamus tamen, ne etiam pro atecedente tempore superiori sententiæ adversetur, quod traditum est de hereditate, quam quis post mortem suam restituere rogatus est. Nam hic diem mortis heredis incertum diem esse, et conditionem habere constat, et quidem efficacem: cum si vivo herede fideicommissarius de-

decesserit, fideicommissum ad eius heredem non transeat *L.* 1. §. 1. *supr. de cond. et dem.* Et tamen placuit hoc modo restituere rogatum, etiam vivum atque etiam statim restituere posse hereditatem: non ut post mortem eius utilis esse incipiat restitutio; sed ut statim heres iudicio testatoris in eo satisfacere intelligatur. *L. post mortem*, *C. de fideic. L. patrem*, *supra*, *quæ in frau. cre.* nam quod in *L. sed etsi*, 10. *supra*, *ad Treb.* dicitur si ante diem aut conditionem restituta sit hereditas, actiones hereditarias non trasferri; ad hunc diem mortis heredis non pertinet. Et dicendum est in eo fideicommisso, quo quis rogatus est post mortem suam restituere, verbis quidem inesse omnimodo conditionem: at sententia testatoris inesse hactenus, si heres velit, idest, si ea utatur; quod si nolit, idest, si contempta ea statim velit solvere, non inesse. Cum enim hic dies adiectus sit aperte heredis caussa, ut quandiu vivet, hereditate potiatur: apparet iudicio testatoris liberum ei relinqui, utrum velit restituere, an nolit. Proinde si conditione uti nolet, necesse est sic accipi fideicommissum, quasi nec conditio inesset de sententia testatoris. Unde et cum id solvitur, etiam fides ab herede impleri, et iudicio testatoris satisfieri dicitur supra scriptis in locis. Non ergo adversatur exemplum, quod volente herede conditionem non habet: quoniam de iis, quæ sub conditione aut in diem incertam debentur, agimus.

Ad L. Qui hoc anno. 42.

Papinianus libro XXVII. ad Sabinum.

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus sit: nisi omnibus partibus præteteritis anni vel mensis non recte petet.

SUMMARIA.

1. *Quæstio huius L.*
2. *Sabini et Proculi contrariæ sententiæ, earumque rationes.*
3. *Stipulatus hoc anno, mense, nundinis, Calendis, nisi omnibus partibus anni, mensis, nundinarum, Calendarum præteritis petere non potest.*
4. *Bartoli distinctio contra Baronem et Duarenum defensa*, et n. 6.
5. §. At si ita, Inst. eod. *explicatur.*

Monui supra ad *L.* 13. postquam diei adiectio in stipulationibus recepta est, unde factum est, ut varie quoque tempus exprimeretur; ideo hac parte de quarundam conceptionum significatione dubia quæsitum esse, quousque in his solutionis dilatio proferretur. Cuiusmodi est, cum stipulamus ante Calendas, aut intra
1 Calendas: de quibus illic diximus. † Ex hoc genere est hæc etiam, de qua hoc loco, cum stipulamur non ante, aut intra, aut post aliquod tempus; sed certo tempore dari, puta hoc anno, hoc mense, proximis nundinis seu nundinarum diebus: cui similis est, et cum stipulamur Calendis. Hic enim quæsitum est, utrum initio cuiusque temporis constituti agi posset; an vero non prius, quam omnes partes eius temporis præteriissent. De quo ne inepte hoc loco constitui et non necessario putemus, quasi ex verborum significatione et certa sententia contrahentium diem pro reo adiicientium sine ulla hæsitatione id dici debeat, quod hic traditur, nimirum non nisi omnibus partibus temporis constituti præteritis agi posse: habuit utraque pars etiam in veteribus iuris auctoribus suos assertores.

† Ut enim refertur in *L. eum*, *qui certarum*, *infr. eod.* Sabinus putavit ex huius- 2
modi stipulationibus primo die anni, mensis, nundinarum agi posse. Cui conveniens fuit existimari, etsi quid promissum esset certo die, puta Calendis, posse statim eo die peti. Proculus, et diversæ scholæ auctores, quandiu vel exiguum tempus ex anni, mensis, nundinarum spatio superesset, peti non posse existimarunt. Utrum igitur sequimur? et Proculi sententia obtinuit, eaque est quæ hoc loco constituitur, item in *d. L. eum*, *qui certarum*, *infr.* et totidem verbis in §. *qui hoc anno*, *Inst. de inut. stip.* Nec dubium est, quin ex eadem sententia sit, quod traditur in §. *in diem*, *Inst. eod.* cum quid promissum est Calendis, non ante peti posse, quam totus is dies præteriisset: et ad eandem veterum dubitationem referri debet,

bet, quod hæc sententia eo loco ratione adhibita diligenter confirmatur. Etsi autem repudiata Sabini sententia nihil ad rem pertinet quærere, quid eum moverit, ut sequamur: tamen ut diluamus, vitemusque, etiam nunc explicari necesse est. Incredibile est enim tantum auctorem in verbis tam expositis sine magna, aut probabili aliqua ratione superiorem interpretationem esse secutum. Quod si, quod eum movit, fuit aliquid; cogitare debemus, si verum fuit, ab eius sententia discedi non debuisse: si falsum; tamen esse eiusmodi quod et nobis nunc quoque errorem possit obiicere, nisi cavemus. Diluitur autem Sabini ratio, contrariæ sententiæ ratione exposita. Quare utraque de caussa faciendum est, ut istarum sententiarum rationes breviter cognoscantur: tum ut discamus nos quoque ratione Sabini in hac specie non moveri; tum ut contraria confirmati non inviti veræ sententiæ assentiamur. Et mihi dubium non est, Sabinum verba stipulationis secutum primo die actionem in proposito dedisse: quæ si tantum sequimur, dubitari non debet, quin ille recte senserit. Intelligendum est enim quoties dies adiicitur stipulationi, toties petitionem, quæ die differtur, habere conditionem hanc, si pecunia constituto tempore soluta non erit. Proinde cum dico, Calendis dabis? perinde est, ac si ita dixissem, dabis ita Calendis, ut si Calendis non dederis, continuo mihi tecum agere liceat. Similiter cum dico, dabis, hoc anno? intelligendum est hoc dici, dabis hoc anno; et si hoc anno non dederis, ius mihi est tecum agendi, et pecuniam petendi. At hæc conditio, si hoc anno non dederis, existit statim, quacunque parte anni non dederis. Verum est enim te nulla parte anni dedisse, ubi vel una aliqua minima non dedisti. Nam pro eo quidem tempore, quod petitionem antecedit, potuisti dare: at non dedisti. Pro eo autem, quod futurum est, non modo nondum dedisti; sed ne fieri quidem potest natura, ut dederis. Dabo postea, inquies. Nihil hoc ad defensionem tuam pertinet: non enim quæritur, an daturus sis, necne; an possis dare, necne; sed an non dederis, ut erat conditio: te vero non dedisse, atque ita conditionem extitisse verum est. Quare et conditione petitionis statim expleta, simul etiam locum petitioni factum esse recte dixeris. Quid hic Proculus, et diversæ scholæ auctores? Assentiantur necesse est, si hic verba uti sunt, spectamus; idest, si nihil amplius fuit in stipulatione, quam ut hoc anno, idest, aliqua parte huius anni dares; neque hoc placuit, ut sic aliqua parte dares, ut tamen tibi liberum esset omnibus partibus anni tuo arbitratu dare; ut si una non dederis, reliquæ expectentur. Ex quo intelligitur, illos, cum contra statuerunt, sententiam contrahentium considerasse, eamque ex verbis aliam esse interpretatos, quam verba simpliciter et infinite scripta ostendunt. Voluerunt enim, hoc anno, hoc mense, his nundinis, sic accipi: ut sententiæ contrahentium totum hoc tempus integrum reo ad solvendum datum intelligeretur, ut indicatur in §. *in diem*, *Inst. eod.* Hæc vero contrahentium sententia multis ex rebus colligitur, eaque interpretatio totidem præceptis iuris confirmatur. Nam primum si adiectis verbis, *hoc anno*, nihilominus primo die statim peti potest; nequidquam hoc tempus adiicitur; cum et non adiecto eo idem iuris futurum fuerit. Semper autem et in testamentis et in stipulationibus sic accipi debet, quod dictum est, ne frustra dictum aut adiectum videatur: quia id senserit testator; quia senserint contrahentes: quorum incredibile est in re seria hanc cogitationem esse, ut nihil agi voluerint. L. *si quando*, *supr. de leg.* 1. L. *quoties in* L. *ubi*, *supr. de reb. dub. L. quoties in infr. eod.* Ex usu quoque loquendi hæc voluntas contrahentium facile perspicitur. Longe enim aliud est, dabis hoc anno? aliud, dabis hodie? tantumque inter ista interest, quantum inter annum et diem. Non possunt autem hæc differre, nisi hoc anno sic accipimus, ut non primus dies, sed totus annus completus intelligatur. Quare et hæc quoque sententia ex usu loquentium accipienda est. *L. si servus plurium*, §. *ult. de leg.* 1. Postremo etsi utraque interpretatione retineretur verbi significatio, nec adiectio anni esset inutilis: tamen huc recte referetur regula iuris, quæ in ambiguis stipulationibus servatur: ut dicamus, *hoc anno*, verba esse ambigua, quæ et de cœpto anno accipi possint et de completo. In ambigua autem stipulatione id accipiendum esse, quod stipulatori nocet; ac proinde tempus longissimum. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *L. si ita*, 12. *supr. eod.* Unde eveniet, ut quamvis stipulator secundum verba de omni parte anni interrogarit, tamen pro commodo promissoris et ipse de anno completo interrogasse, et promissor de eo respondisse intelligatur. Quæ si sententia est superioris stipulationis, duo hinc efficiuntur; primum hanc esse sequendam. *L. semper in stipulationibus*, *infr. de regul. iur. L. cum qui*, *prox. supr.* quod et su-

superioribus regulis iuris faciendum esse præcipitur. Deinde ex hac interpretatione abunde rationi Sabini, quæ contra stare videbatur, occurri posse. Quod enim dicitur ex stipulatione in diem concepta agi posse, simul atque verum sit die constituto datum non esse: verissimum est. Sed ex superiore interpretatione quemadmodum annus constitutus intelligitur completus et exactus; ita hæc erit conditio petitionis, non simpliciter si hoc anno datum non sit; sed si datum non sit hoc anno completo et
3 exacto. † Constet iam igitur non auctoritate tantum constituentium, sed certa ratione huius loci sententia, quod hoc anno, hoc mense, illis nundinis, illis Calendis quis stipulatus est, nisi omnibus partibus anni, mensis, nundinarum, Calendarum præteritis peti non posse. Laborat tamen hæc sententia propter ius receptum in legatis annuis. Placet enim, quod in annos singulos legatum est, id non finito quoque anno, sed initio cuiusque peti posse, *L. nec semel*, *supr. quan. d. L. ced. L.* 1.
4 *C. eod.* † Ego etsi iudicio nihil esse verius distinctione Bartoli ad hæc concilianda hoc loco ab illo tradita: tamen quia video ipsum duobus doctissimis interpretibus non probasse, Eguinario Baroni ad §. *at si ita*, *Inst. eod.* et Francisco Duareno ad hunc locum, et fortasse non satis eloquitur Bartolus, aut dicendo efficit, quod vult; putavi non abs re futurum, si hæc res adversus illorum rationes nostris verbis explicaretur, et confirmaretur. Primum hoc dico, frustra tentare hæc conciliare eos, qui dissimilitudinem istarum caussarum ex eo statuunt, vel quia aliud sit in annos singulos, seu annuatim legare; aliud legare hoc anno, et deinceps sequentibus: vel quia quod supra scriptis in locis dictum est initio cuiusque anni peti posse, de legato dictum sit; quod ius non pertineat ad stipulationes, de quibus hic agitur. Utrum in annos singulos decem legentur, an decem annua, an decem singulis annis, nihil interest. *d. L. nec semel*, §. *novissime*, *supr. quan. d. L. ced.* In omnibus enim hæc sententia exprimitur, ut decem legatarius percipiat non solum primo anno, sed etiam secundo, et tertio, et deinceps sequentibus quoad vivet. Ne hoc quidem refert, annua decem legentur, an promittantur stipulatione. Vis annuæ stipulationis eadem, ut et ex ea initio cuiusque anni pecunia peti possit. Fateor, non satis probatur hæc sententia in L. *eum*, *qui ita*, §. *qui ita stipulatur*, *decem*, *infr. eod. et L. si servus*, 18. *ult. infr. de stip. ser.* quibus locis ad eam rem confirmandam Bartolus utitur. Nam in priore non promittuntur decem annua, idest, decem sæpius, et singulis annis: sed semel decem, quoad vivam. In altero, pecunia quam servus fructuarius operis suis locatis earum nomine in singulos annos stipulatus erat, dicitur singulorum annorum nomine initio cuiusque anni fructuario acquiri. Sed dici potest aliud esse ei acquiri, aliud ab eo peti posse: cum pensio totius anni, quæ operarum nomine debetur, non videatur statim exigi posse ob operas nondum præstitas. Esto igitur, his locis superior sententia non probetur, ut quidam putant: attamen hæc pene diserte expressa est in §. *at si ita*, *Instit.*
eod. † proponitur quis stipulatus esse de- 5
cem aureos annuos, quoad vivet. Iustinianus ait pure factam obligationem intelligi, et perpetuari. Pure facta obligatio dicitur, non ea, quæ conditionem solum non habet: sed quæ nec conditionem habet, nec diem. Maxime autem Iustiniano pura obligatio id significat eo loco, in quo tractat de ea specie persequitur enim illic divisionem a se institutam, qua in §. *omnis*, *eo tit.* omnem stipulationem fieri proposuerat aut pure, aut in diem, aut sub conditione: et puram a cæteris duabus speciebus separans, aperte eam se intelligere ostenderat, quæ nec in diem esset, nec sub conditione; quod et exemplo veluti definierat, cum pure fieri dixit: veluti, quinque aureos dare spondes? Sed præcipue in ea specie proponenda hoc se sentire declarat, cum eius tractationem subiicit ei speciei stipulationis, quæ fit in diem: et subiicit per adversativam, his verbis; *At si ita*; Hoc modo enim hanc obligationem ab obligationibus in diem contractis, de quibus prius dixerat, evidenter separat, et simul declarat eam ne diem quidem in se habere. Quod si ita est, conficitur ex ea confestim agi posse; quod est proprium puræ obligationis: *d.* §. *omnis*, *Inst. eod.* et nullum diem ad agendum exspectandum esse, ubi obligatio, nullum diem con-
tineat. † Restat igitur, quod est tertium, 6
quodque Bartolo recte visum est, ut dicamus, cum quæritur, utrum annus obligationi adiectus obligationem differat, necne, multum interesse, utrum quid legetur, promittaturve hoc anno, idest, uno, eoque et semel: an vero singulis annis, idest, pluribus, ac proinde sæpius; nempe idem per singulos annos. Ut si quidem id actum sit, ut semel, et uno anno

no quid præstetur, obligatio sit in diem, sive ex legati caussa, sive ex stipulatione debeatur. Optima ratione; quia in re quæ etiam anno non adiecto deberetur, non posset intelligi annus adiectus, nisi obligationis differendæ caussa. Ex quo etiam illud evenire necesse sit, ut nisi omnibus eius. temporis partibus præteritis pecunia peti non possit, quod hic traditur. Sin quid præstandum sit singulis annis, seu pluribus, et sæpius; iam non tantum si legatum sit testamento; sed etiam si stipulatione promissum, ubique præsens sit obligatio et petitio singulorum annorum: contraria de caussa videlicet, quia appareat in legatis et stipulationibus annuis annos adiectos esse multiplicandæ obligationis caussa, nullo autem modo differendæ. Hac distinctione nihil verius. De qua ut certius possit statui, meminisse oportebit eius, quod iam supra ostendi in *L. præcedenti*, in definitione stipulationum in diem, nunquam diem adiectum differre obligationem seu petitionem, ubi differendi caussa non adiicitur. Sic enim definitio est stipulationis in diem, ut sit, cum stipulatio fit, adiecto quidem die, sed eo, quo pecunia solvatur. Proinde si non adiiciatur, ut eo die pecunia solvatur, non erit stipulatio in diem; eoque et præsens erit obligatio. Argumento certissimo erunt duo genera dierum, de quibus inter omnes convenit. Nam si quis stipulatus sit, hodie sibi dari; constat ex ea stipulatione statim agi posse, tanquam quæ non sit in diem. *L. liber*, §. 1. *infr. eod.* nempe quia admonendi caussa hic dies adiicitur, non differendi, ut ibidem traditum est. Item cum promittitur usque ad diem, veluti usque ad annos tres, usque ad Calendas proximas, manifestum est hic diem stipulatione comprehendi: nemo tamen ignorat præsentem esse obligationem. L. *obligationum fere*, *in pr. supr. de obl. et act.* §. *at si ita*, *Inst. eod.* Nec quisquam est, qui eo fieri non intelligat, quia is dies non differendæ obligationis caussa adiectus sit; sed constitutæ finiendæ. Idem et de annuo legato, et de annua stipulatione iudicandum est. Stipulatus est quis decem singulis annis, quoad vivet, legata sunt decem alicui quoad vivet. Non efficiet annorum adiectio, quominus initio cuiusque anni ea decem peti possint: propterea quod anni adiecti sunt, non differendæ obligationis caussa, sed novæ per singulos annos constituendæ gratia. Idque ex eo apparet, quod nisi anni adiecti essent, intelligeremus summam semel tantum deberi, non sæpius. Sunt ergo plures comprehensi anni, ut sciremus id actum esse, ut sæpius, idest, per singulos annos decem deberentur: quod cum actum esse intelligatur, neque potest obligatio esse in diem ex §. *in diem*, *Inst. eod.* neque debet annorum adiectio quidquam efficere præter propositum et mentem contrahentium, arg. in L. *non omnis*, *supr. de ob. et ac.* Sed plures annos comprehendi volumus multiplicandæ ab initio obligationis gratia, idest, novæ per singulos annos constituendæ. Nam si constiterit plures præstationes plurium annorum constitui non multiplicandæ obligationis caussa; sed eius summæ, quæ ante una erat, aut quam testator unam vellet, in plures annos, aut plures pensiones dividendæ: res dubitationem non habet, quin hic præstatio unius summæ, quam nulla eius divisione facta semel et statim fieri oportebat, in plures annos differatur. Proinde singulorum annorum pensiones ante exigi non possunt, quam quisque annus præterierit, quo solvi debebant. Finge testatorem unam summam centum aureorum alicui legare annua, bima, trima die, de quo in L. *si cui legetur*, 48. *supr. de leg.* 1. *et* L. 3. *supr. de an. leg.* Idem est, si stipulatus sim a te centum, et deinde convenerit inter nos, ut ea, divisis trium annorum pensionibus, annua, bima, trima die mihi præstares: aut, quod in mensibus idem valet; si convenerit, ut ex ea summa certam summam singulis mensibus mihi præstares, donec tota sors confecta esset. In qua specie Paulus scribit sortis petitionem esse dilatam, ut primi mensis pensio non possit, nisi finito primo mense, peti; eademque sit cæterarum pensionum et mensium insequentium ratio, L. *lecta*, *vers. igitur*, *et vers. sed cum sortis*, *supra*, *si cer. pet.* Sed hæc tum fiunt, inquam, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur. Cæterum si ab initio eiusdem summæ plures plurium annorum obligationes constituentur, ut accidit in legatis et stipulationibus annuis; perspicuum est, quod dixi, non posse videri annos adiectos differendæ obligationis caussa, quos appareat alterius rei gratia esse adiectos. Eo fieri, ut singulorum annorum præsens sit obligatio, et ut fit in præsentibus obligationibus, sic in his initio cuiusque anni statim pecunia peti possit. Diversum est, cum semel aliquid hoc anno promittitur: ubi cum annus non adiiciatur constituendæ obligationis caussa, palam est eum alterius caussa non adiici, quam promissoris, ut hoc temporis spatio ei solutio differatur. Nam hic annum non ad-

adiici ad constituendam obligationem ex eo plus quam manifestum est, quod anno non adiecto, pecunia deberetur non minus: eo adiecto, incipit aut minor fieri obligatio, quia peti statim non potest; aut certe dubitari, an minuatur. Et quid si testator leget eodem modo: puta, anno, biennio, triennio post, quam moriar, heres meus dato? non aliud hic servandum est, quam in stipulationibus; ac, nisi exacto anno, biennio, triennio legatum peti non poterit. Idque ita diserte traditum est in L. *quod quis, sup. de obl. et act.* Quo fit, ut non recte ne hic quidem distinguantur ab iisdem illis stipulationes a legatis, quasi in his non idem iuris sit. Nam si omissa auctoritate L. *quod quis, supr. prox. tit.* verum ratione exquirendum est, quid dici aliud potest, nisi hoc legatum esse in diem, et sententia testatoris differendam esse petitionem? Legatum in diem esse declarat, quod annus adiicitur, quo pecunia solvatur; si modo vera est definitio de stipulationibus in diem tradita in §. *in diem, Inst. eod.* neque enim aliter fit legatum in diem, aliter stipulatio. Tum autem annus iste, qui iniectus est solutioni legati a testatore, quæro, utrum utiliter adiectus sit, an inutiliter. Inutiliter adiectum dicere regulæ iuris, quæ sunt de interpretatione obscuræ voluntatis, vetant. L. *quoties in infr. eod.* Quod si non frustra adiectus est, cuius tandem rei caussa adiectus est, nisi præstationis differendæ? aut potius utrius reorum caussa, nisi heredis? nam legatarii caussa adiectum videri, cuius interest legatum sine die et sine ulla dilatione temporis petere, absurdum est. At enim si Stichus liber esse iussus sit anno aut intra annum, post quam testator decesserit, placet eum mortuo testatore statim et in principio anni liberum esse. L. *si ita fuerit libertas, tota, supr. de manum. test.* Non fit hoc, quia hic libertas testamento relicta est, non promissa: sed quia, ut Bartolus hic recte vidit, etiam in testamento ipso longe alia verborum significatio est, et sententia testatoris, cum heres iubetur dare hoc anno, de quo agimus: ut et de eo promissore, qui promittit hoc anno dare: *d. L. quod quis, supr. prox. tit.* Alia, cum legatarius ipse iubetur capere, et sibi habere hoc anno aliquid: et præsertim libertatem, quæ a testatore recta accipitur, non ab herede: quod fit, cum servus iubetur esse liber. §. *qui autem, Inst. de sing. reb. per fidei. rel.* Nam cum iubetur heres hoc anno dare, annus adiicitur eius caussa cui solutio iniungitur, idest, heredis: aperte enim adiicitur solutioni et præstationi temperandæ. Denique hæc verba, *heres meus illo anno dato*, hoc exprimunt: quacunque parte illius anni dato. Quod heres pro suo iure facere non potest, nisi licet ei etiam postremo anni die dare, ut ante cogi non possit. Cum autem iubetur legatarius ipse capere hoc anno, annus acceptioni et facto legatarii iniectus aperte ad utilitatem et potestatem eius refertur. Ut enim ipse capiat, aut faciat quid hoc aut illo anno, totum eius caussa comparatum est: et quod supra dixi de prioribus verbis, hoc idem de his posterioribus licet dicere: His verbis, Stichus servus meus illo anno liber esto; vel, illo anno libertatem percipito, testator hoc dicere intelligitur, quacunque parte illius anni liber esto, libertatem percipito. Quibus verbis non obscure fit ei potestas capiendi etiam initio anni: quoniam et quod initio anni fit, etiam in anno fieri verum est. Mutantur ergo ista non personis aut locis, a quibus, aut in quibus illa constituuntur: sed nec rebus, quæ præstari debent; sed pro voluntate loquentium, quæ voluntas verbis declaratur. Itaque etsi testator ipse libertatem relinquat ita, ut servum liberum esse iubeat adiecto aliquo tempore; si tamen constet verba hoc exigere, ne ante id tempus exactum servus sit liber, ante liber non erit: quod fieri dicitur, cum quis in annos decem liber esse iussus est, in *L. si in annos, supr. de cond. et demon.* In annos enim ita dicitur, ut in diem. Ut igitur dicitur in diem quid fieri, cum ita dies adiicitur, ut ante eum diem pecunia non debeatur, certe non debeatur ita, ut peti possit. *L. prox. supr. §. in diem, Instit. eod.* sic recte in annos quid relinqui aut deberi, quod placet ita differri, ut ante eos annos finitos non debeatur. Interdum in decem, aut duos, totve annos quid promitti aut relinqui dicitur, quod promittitur et relinquitur pure ac sine mora, sed usque ad annos decem, ut in annos idem sit, quod usque ad annos; ut cum ususfructus hoc modo promittitur vel relinquitur. *L. quæsitum, supra, de usufr. L. si ususfructus, supra, de us. et usuf. leg.* Sed hæc interpretatio in usufructu recipi videtur propter naturam ususfructus: quoniam enim hic etiam constitutus temporalis est, ac cum persona fructuarii extinguitur. Fieri autem potest, uti si anni decem, aut quotvis alii constituti expectentur, inutilis sit stipulatio, inutile legatum, quia fructuarius interim decedat: ideo magis convenit hæc verba in annos decem, aut in biennium

nium sic accipi, ut sint tempus, quo finiatur ususfructus ab initio recte et statim constitutus, quam quo suspendatur, et ex quo incipiat: quo res sit in tuto. *L. ubi, supr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, infr. eod.* Est et hæc natura usufructus, ut constitutus, non sit unius anni, sed plurium et incertorum, nempe omnium, quibus legatarius vivet, nisi tempus certum ei rei definitum sit aut testamento, aut pactione. Consentaneum est igitur tempus additum esse eius rei definiendæ caussa, ne res longitudini legis, aut incertitudini relinqueretur.

Ad L. Si quis arbitratu. 43.

Ulpianus libro L. ad Sabinum.

Si quis arbitratu puta Lucii Titii restitui sibi stipulatus est: deinde ipse stipulator moram feeerit quo minus arbitretur Titius: promissor quasi moram fecerit, non tenetur. Quid ergo si ipse qui arbitrari debuit, moram fecerit? Magis probaudum est, a persona non esse recedendum eius, cuius arbitrium insertum est.

SUMMARIA.

1. *Conventiones et stipulationes, item legata in alienum arbitrium sæpe conferuntur.*
2. *De alieno arbitrio stipulationibus et legatis adiecto duo quæruntur.*
3. *Cur cum in his verbis*: Arbitratu Lucii Titii, aut Quod Titius æstimaverit, *conditio insit, iure cæterarum conditionum hic non utamur.*
4. *Summa huius iuris*, et n. 14.
5. *Legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi, et quæ huius iuris effecta.*
6. *Lectio vera* L. 1. in prin. supr. de leg. 2.
7. *Herede arbitratu Titii monumentum facere sub pœna iusso, si Titius arbitratus non fuerit, pœna non committitur, et cur in hac specie diversum, quam in legato.*
8. *In legatis cur ad cuiusvis boni viri arbitrium res redigatur, cum certæ personæ iudicium testator elegerit.*
9. *In arbitrium alterius stipulatio collata pro boni viri arbitrio non semper accipitur, et an idem in bonæ fidei contractibus*, et. n. 14.
10. L. in proposita, 78. supra, pro socio, *declaratur.*
11. *Duabus in caussis placet, etsi is, cuius in arbitrium res collata est, non arbitretur, promissorem tamen obligari.*
12. L. hæc venditio, supra, de cont. empt. *illustratur.*
13. L. 3. C. de dot. promis. *declaratio.*
15. *In testamentis et rebus creditis ius diversum, si re in arbitrium extranei collata, is sine culpa promissoris non arbitretur: et quæ diversitatis ratio.*
16. *Arbitrante Titio, cuius in arbitrium res confertur, an debeatur quod cautum est, etsi ille iniquum sit arbitratus.*
17. *In Compromissis, quid iuris.*
18. *Confirmatur sententia, Titio iniquum constituente, rem ad arbitrium viri boni redigi etiam in strictis iudiciis; discussis iis, quæ in contrarium facere videbantur.*
19. L. ult. C. de cont. empt. et pr. L. si merces, supr. loc. *explicatur.*
20. *In arbitrio præsentia contrahentium, an necessaria sit: et quid in Conpromisso.*
21. *Arbitrii potestas, an certo tempore inclusa sit.*
22. *Arbitrium finitur morte eius, qui arbitrari iussus est: secus si vivi conditio mutata sit.*
23. *Arbitrium uno ex contrahentibus mortuo, an exstinguatur: et cur diversum in Compromisso.*

1 IN negotiis contrahendis multa sæpe, de quibus nobis cavemus, alieno arbitrio, puta Lucii Titii permittimus: ut pretium in emptione; *L. ult. C. de contr. em.* ut mercedem rei locatæ, et operis approbationem in locatione; *L. si merces, L. si in lege, supr. de loc.* ut partes societatis in societate, *L. si coita, et seq. supr. pro socio.* Idem iisdem de caussis usitatum in stipulationibus tum dandi tum faciendi. Dandi; ut cum stipulamur dotem soceri aut alterius cuiusvis arbitratu. *L. cum post, §. igitur, supr. de iur. dot. L. 3. C. de dot. pro.* Faciendi; ut cum stipulamur opus fieri Lucii Titii artificis arbitratu; aut restitui vel rem, vel opus, quod in nostra iniuria factum destrui velimus, et cupiamus æstimari a Titio, an recte et integre res vel opus nobis restituatur; quæ species est huius loci. Nec mi-

minus in testamentis interdum vel legati quantitas, ut dotis legatæ; vel aliquarum rerum electio; vel operis, ut monumenti effectio in alienum arbitrium confertur. *L.* 1. *supr. de leg.* 2. *L. ult.* §. 1. *C. com.*
2 *de leg. L.* 6. *supr. de cond. et dem.* † In omnibus huiusmodi tum legatis, tum conventionibus, et stipulationibus de vi et significatione superioris adiectionis duo quæri solent. Unum, an non arbitrante Lucio Titio debeatur, quod cautum est, an nihil. Alterum, an arbitrante eo debeatur quod cautum est, etsi ille iniquum sit arbitratus: quod cum ex natura rei, et reliqua tractatione intelligi potest, tum maxime indicatur *d. L. ult. C. de contr. emp. et L. si merces, supr. loc.* Ac de priore responsum est diserte hoc loco, quod quidem valeat ad stipulationes hoc modo contractas. De posteriore significatur tantum: quod tamen ex priore responso per contrarium satis colligatur. Poteramus ad omnes alias caussas hoc responso esse contenti, si quidem alii de hac specie scripti loci convenirent. Nunc autem in aliis caussis diversa prope omnia; nec ulla in specie magis varie scriptum videtur. Quæ si cum hoc loco conciliari, et ipsa inter se consentire volumus, necesse est a nobis semel dici de omnibus, quod mihi hoc loco facere constitutum est. Sed cur laboramus, dixerit aliquis, aut cur superiora illa tractantur proprie in hac adiectione? nam in his verbis: arbitratu Lucii Titii, aut quod Titius æstimaverit, constat inesse conditionem, si Titius fuerit arbitratus, si Titius æstimaverit. *L. hæc venditio, supr. de con-*
3 *trah. em. d. L. ult. C. eod. tit.* † Cur ergo in hac re non utimur iure et regula cæterarum conditionum? quam quidem si sequeremur; ita breviter respondendum fuit: si Titius non arbitrabitur, defecisse conditionem, itaque omnino nihil deberi. *L. cedere, infr. de verb. sig.* Sin arbitretur, ut conditione impleta, pecuniam deberi, et quidem quanta promissa est. §. *sub conditione. Inst. eod. L. a Titio, infr. eod.* Hæc lex est de vi conditionalis stipulationis supra a nobis satis exposita ad L. *eum, qui* §. *ult. supr.* Cur ergo, inquam, hac non utimur, ac necesse est in hac specie laborari? Verbum *arbitrii*, quod hic appellatur, dubitationem fecit. Quæritur enim quomodo id accipere debeamus; utrum meram Lucii Titii voluntatem, an arbitrium boni viri, idest, arbitrium quidem Lucii Titii, sed quale boni viri esse solet. Si [1] pro boni viri arbitrio accipitur, nulla conditio est: semper enim certum est, quid vir bonus sit arbitraturus, nempe æquum: nam aliter non sit vir bonus. L. 1. *supr. de leg.* 2. Sin accipitur arbitrium proprium personæ, idest, quod Lucio Titio videtur; erit conditio, in eoque regulam cæterarum conditionum servabimus. Quod si de priore certi aliquid in universum traderetur, poterat et sequens quæstio ac res tota esse expedita. Nunc in quo laboratur; hoc est, quod de priore non idem placet in omnibus caussis, et quod ad difficultatem accedit, ne in iisdem quidem caussis idem servatur arbitrante Titio, quod non arbitrante. Sed de re videamus: atque initio huius iuris complectar summam, quæ videtur, ut sit iam a principio constitutum, quod hic teneri oporteat, quod deinceps confirmari et explicari velimus. † 4
Mihi autem hæc videntur: referre utrum legetur quid alieno arbitratu, an promittatur. Si legetur; arbitrium pro boni viri arbitrio accipiendum esse; eoque nullam inesse conditionem legato, ut quidem id præstetur. Sin promittatur; eius ipsius personæ quæ appellata est, arbitrium accipi, non viri boni. Proinde et conventioni inesse conditionem, quam sequamur. Hinc fieri, ut in testamentis, sive Titius, cuius arbitrium insertum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper debeatur legatum, et quidem sine mora, ad eum tamen modum, quem vir bonus arbitraretur, idest, ad æquum et probabilem modum. In contractibus contra, ut Titio non arbitrante vel quia nolit, vel quia non possit, nihil debeatur, quia conditio defecerit: cum hac exceptione tamen, nisi quatenus etiam in aliis omnibus conditionibus conditione non existente res promissa deberetur. Sin arbitretur Titius; tum committatur stipulatio, quia conditio extiterit: itaque et promissa pecunia semper debeatur, sive ille æquum sit arbitratus, sive iniquum: non tamen præstetur tanta, quantam ille fuerit arbitratus, si aperte iniquum constituerit: sed tanta, quantam non sit iniquum præstari; atque hactenus eius arbitrium etiam in contractibus ad boni viri arbitrium re-

1) *Pinel.* tamen *d. P.* 2. *Rub. C.* 1. *n.* 5. nec valere ut pretium declaretur a bono viro in genere, non facta relatione ad iudicem, certamve personam, per *d. L.* 25. *pr. d. L. ult.* Et *n.* 6. invalidam esse emptionem sub forma duorum eligendorum a contrahentibus (1) ab emptore (2) a venditore, (in quo diss. cum communi Fab. 2. *contr.* 1.) Nec conveniri posse ut unus contrahentium eligat tertium qui pretium definiat.

redigatur. Hac distinctione nihil puto verius. In cuius summis partibus mihi cum Bartolo hoc loco convenit: (Bartolum hic cum dico, reliquos interpretes intelligo, qui distinctionem ab illo hic traditam, magno consensu paucis admodum exceptis secuti sunt) in partium singularum distinctione et ratione explicanda cum illis non convenit. Ac mihi quidem superior distinctio non tam confirmationis accuratæ egere videtur, quam enodationis. Non enim sunt obscuri loci, quibus singulæ partes a veteribus illis probentur; sed attentione et iudicio opus est ad membra ipsa recte distinguenda. Quæ cum omnia videantur uni rationi subiecta, si his ius diversum affingimus: mirum, ni videantur potius oppugnare ipsa sese, et mutuis vulneribus concidere. Ac similitudine partium moti nonnulli etiam distinctionem ipsam superiorem reiecerunt. Conabor igitur totam istius iuris rationem ita expedire, ut intelligatur, non solum singulas partes placuisse iuris nostri auctoribus, sed etiam illud, quamobrem, et quam recte placuerint. Et inter omnes interpretes, paucis admodum exceptis, convenit, et recte convenit, aliud hic servari in testamentis, aliud in contracti-
5 bus. † De testamentis ita scribit Ulpianus in L. 1. *supr. de leg.* 2. placet in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. Inde colligit neque conditionem inesse legato, neque moram: quæ enim, inquit, mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit? Hæc omnia eo spectant, ut efficiatur, legatum in alterius arbitrium collatum semper deberi, sive is, cuius arbitrium comprehensum est, non arbitretur; sive arbitretur, sed iniquum. Deberetur enim citra controversiam, si nulla esset conditio: nullam autem esse volumus. At enim in hoc legato hæc circumscriptio est, Quod vir bonus arbitrabitur: in quo etiam inest hæc conditio, Si vir bonus arbitrabitur. L. 6. *sup. de leg.* 1. Ita est: sed hæc verbis et figura orationis conditio est: re vera non est. Quæ conditio omni modo exstitura est, ea pro conditione non habetur. L. *quod si ea*, *supr. de cond. ind.* L. *si pupillus*, *§. qui sub. infr. de novat.* Semper autem certum est, virum bonum arbitraturum esse, quo alteri prosit, nemini noceat, ut definitur officium viri boni a Cicerone *lib.* 3. *de offic.* Sed nec quemquam privatum eo nomine adiri necesse est, quia quid vir bonus, si consulatur, arbitraturus sit, certum est: arbitrabitur enim æquum, ut dixi; hoc vero certum. Nam et ratione naturæ, et iure certo continetur: quale expositum est in specie superiore in *d. L.* 1. *de leg.* 2. *et L. si filiæ pater*, *supr. de leg.* 3. et ut nunc forte ab imperitis iuris id ignoretur, non eo tamen magis ea ignorantia rem differt. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, ea non morantur obligationem, etiam si apud nos incerta sint, ut est in §. *conditiones*, *Instit. eod.* Hæc sententia generalis est, et ad omnia legata et fideicommissa, quibus quid alieno arbitrio relinquitur, pertinet. Itaque etsi testator ita expresserit; illi centum, si Titius arbitratus fuerit: nihilominus legatum boni viri arbitrio commissum intelligendum est. Proinde et non arbitrante Titio pariter debebitur. Hoc Bartolus et alii vulgo negant. Non recte: nam et cum testator legat quid arbitratu Lucii Titii, non minus et hæc conditio inest, Si Titius arbitratus fuerit. Quapropter etsi testator hanc conditionem expresserit; idem iuris futurum est, quoniam et hic non alia conditio est. Tum autem et hac conditione expressa verum est legatum in alterius arbitrium conferri: semper autem tenebimus definitionem Ulpiani: in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi. Nec vero male ad hoc confirmandum adhibebitur, quod de legato in arbitrium heredis, expressa hoc modo conditione, collato scriptum est in *L. si sic*, *supr. de leg.* 1. *L.* 11. §. *quamquam*, *sup. de leg.* 3. Nam si testator ita leget illi fundum: si heres arbitratus fuerit, si existimaverit, aut similibus verbis, non solum illis locis traditur hic legatum omnino deberi: sed etiam cur debeatur, ea est addita ratio, quæ ad eandem conditionem in personam cuiusvis extranei collatam pertineat. Observandum est enim non dici huiusmodi legatum utile esse, etiam herede non arbitrante, quia per eum, cuius interest conditionem non impleri stet, quominus impleatur, ut vulgo eius responsi rationem expediunt, quanquam et hoc per se verum est: sed quia his verbis legatum heredi ut viro bono commissum sit, non in meram eius voluntatem collatum: quæ ratio, ut dixi, non minus et ad extraneos pertinet: est enim plane similis illi *L.* 1. *de leg.* 2. qua dicitur legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi; qua tamen Ulpianus utitur conditione non in heredem, sed in tutores, id est, in extraneos collata. Quid autem hi, qui contra sentiunt, pro contraria sententia afferant, notum est ex ipsorum scriptis

et

et ad hanc *L. et ad L.* 1. *supr. de leg.* 2. neque admodum refutatione indigent. Decepit eos lectio *d. L.* 1. *de leg.* 2. ubi vulgaris lectio hæc fuit in principio: *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio non potest*, quæ verba sic acceperunt: non potest conferri, veluti conditio, id est, ita, ut arbitrium conditionaliter exprimatur. † Sed neque ratio sequens huic sententiæ satis convenit; et contraria est, et vera Pandectarum Florentinarum lectio hæc: *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest.* Potest veluti conditio, id est, ita, ut solet conditio in alterius arbitrium conferri: tacite nimirum, ut in hac conditione accidit, si Titius Capitolium ascenderit. *L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Sed de sententia illius loci alibi dicendum est. Illud in superiore definitione diligenter notandum est, non dici, arbitrium alterius quacunque in caussa, et quandocunque appelletur a testatore, pro boni viri arbitrio accipi: sed accipi isto modo legatum seu fideicommissum in alterius arbitrium collatum. His enim verbis constanter definitio concepta est, cum in *L.* 1. *de leg.* 2. tum in *L. si sic, de leg.* 1. *et* L. 11. §. *quanquam, supr. de leg.* 3. Recte: hoc enim de legatis et fideicommissis omnibus recte dicitur, si in alterius arbitrium collata sunt, hæc pro boni viri arbitrio accipienda, ut sic præstentur. Neque hinc ullum genus legati in alienum arbitrium collati excipiendum est, sive pœnam a testatore adiunctam habeat, si arbitratu alterius non fiat, quod testator iussit; sive non habeat. † Sed non idem probandum est, si quid testator non leget, sed heredem modo facere iubeat, quod non referatur ad alios, sed ad ipsum solum, quia ad sensum eius et affectionem pertineat. Cuiusmodi est, si iubeat ab herede sibi fieri monumentum arbitratu Lucii Titii, cuius prudentiæ nimirum et amicitiæ plurimum confidat; et nisi fiat, pœnam testamento adiiciat. Nam in hac specie placet, Titio non arbitrante, nullo modo pœnam committi. *L.* 6. *sup. de cond. et dem.* Unde intelligimus non arbitrante Titio, nec si heres arbitratu boni viri monumentum non faciat, eo magis pœnam deberi: sed solum id quanti monumentum secundum substantiam et dignitatem defuncti exstrui debet. In quam rem magis extra ordinem, quam actione ex testamento teneatur. L. *in testamento*, 27. *in fin. supr. de cond. et dem.* L. *hereditas*, §. 1. *supr. de pet. hered.* Differentiæ ratio est, quod in his quæ ad alios pertinent, est aliquid quod legatario conveniat, quod testator cupiat æquitate, et ratione certa, cum ex legatarii persona, aut meritis, tum ex suis facultatibus æstimari: ideo ad eam rem iudicio boni viri est opus. In iis autem, quæ ad affectionem solam testatoris pertinent, quale est, ut monumentum illi hac, aut illa forma, atque huius potius, quam illius arbitratu exstruatur: nihil aliud quam hanc ipsam affectionem, idest, certam illam formam, quam præscripsit, tum personam cuius iudicium placuit, sequi possumus aut debemus. † Sed cum etiam in legatis a proprietate verborum recedendum non sit, nisi cum appa-ret aliud sensisse testatorem: *L. non aliter, supr. de leg.* 3. in his autem verbis, arbitratu Lucii Titii, conditio non ad arbitrium cuiusvis, sed certæ personæ referatur: cur ab ea persona discedimus, et rem transferimus ad alios viros bonos? nempe quia testator id sensisse intelligitur. Nam arbitrari non est velle; sed re expensa et cognita dicere, quod sit æquum, vel quod æquum putes. Unde qui Iudices ita adeuntur, ut ex æquo et bono, quod ipsis videatur, iudicent, appellantur arbitri, sive in iudicio Iudices sint, sive ex compromisso sumpti. Hinc coniectura voluntatis facta est, quasi testator æquitatem magis quæsierit in hoc legato æstimando, quam personæ voluntatem: idest, quasi Lucii Titii arbitrium expresserit, quod putaret eum melius et certius æquum expedire posse, et velle, quam alium. Cæterum si hic non posset, aut nollet arbitrari, non minus vellet testator rem referri ad alios bonos viros, qui eodem modo æquum dicturi sint. Nam qui Lucium Titium elegit propter æquitatem, seu æquitatis opinionem, is æquitatem prætulit: quæ si eadem est in omnibus bonis viris, conveniens est liberalitati testatoris existimari, hanc ipsum spectari voluisse, ut legatum conservetur; de quo etiam amplius paulo post. Vera est igitur et perpetua Ulpiani definitio ex *L.* 1. *de leg.* 2. in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum his verbis, Arbitratu Lucii Titii, aut si Lucius Titius arbitratus fuerit, pro viri boni arbitrio accipi: atque ita accipi, ut sive arbitretur Lucius Titius, sive non arbitretur; utile tamen sit legatum pro æstimatione viri boni: quia in legato nulla fuerit conditio, nulla mora. † Sed addidit ille, *in testamentis.* Non recte, si extra testamenta quoque sic uspiam accipitur. Et vero non idem servatur in contractibus, ne his quidem, qui sunt bonæ fidei. Non quod aliquando in contractibus ar-

arbitrium Lucii Titii non redigatur ad arbitrium boni viri: sed quod non possit dici in universum in his conditionem in alterius arbitrium collatam pro boni viri arbitrio accipi: quia non semper accipitur, neque omni modo, ut in testamentis: non enim accipitur, si Titius non arbitretur. Et omnino ita statuendum est: cum quid promissum est arbitrio sive arbitratu Lucii Titii; ut dos, ut rem restitui, de quo hoc loco: non arbitrante Titio nihil debetur; sive ideo non arbitretur ille, quia non possit; sive ideo, quia nolit. De eo, quod stipulatione promissum est, scriptum est hoc loco non obscure. Id enim valet, quod dicitur, si Titius in arbitrando moram fecerit, et quæratur, an promissor teneatur, magis probandum esse a persona Titii recedendum non esse. Si ab eius persona non receditur, non spectabimus, quid alius arbitretur, quamvis vir bonus, ut sic eo arbitrante stipulatio valeat: sed solum quid Titius, cuius arbitrium insertum est. Unde fit, quod sequitur in *L. sequen.* ut eo non arbitrante, tanquam conditione deficiente promissor non teneatur. Sed fortasse non idem servabitur in bonæ fidei contractibus: idque ita esse quis dixerit, quia in *L. in proposita*, 78. *pro soc.* scriptum est in quæstione illic posita arbitrium boni viri sequendum esse: eo magis, quod iudicium pro socio bonæ fidei est. Imo et de his iudiciis constanter, nec minus aperte idem a veteribus constitutum legimus: de societate in *L. si coita*, 75. *pro soc.* de emptione et locatione in *L. ult. Cod. de con. empt.* et *L. si merces*, *supra*, *loc.* non enim quemquam movere debet, quod duobus posterioribus his locis agitur de eo, quod venditum, aut locatum est his verbis, *quanti Titius æstimaverit.* Nam inter hæc nihil interest, quanti Titus putaverit, quanti æstimaverit quantum fuerit arbitratus. *L. fideicommissa*, 11. §. *quanquam*, *supr. de leg.* 3. *unde in d. L. si merces.* Promittere mercedem alieno arbitrio; et promittere mercedem, quanti Titius æstimaverit: solum hac re distinguuntur, quod illic promittitur merces generaliter alieno arbitrio; hic specialiter, et designata certa persona arbitrantis: cæterum utrobique alieno arbitrio promitti significatur. Et vero si verba spectemus, ita statui necesse est. Ut enim iam dixi, hæc verba, *arbitratu Lucii Titii*, conditionem habent, si ille arbitratus fuerit, si æstimaverit, ut indicant *d. L. si merces*, *loc.* et *L. ult. C. de contr. em.* Valent enim perinde ac si dictum esset, eo modo quo ille arbitrabitur, vel quantum ille arbitrabitur, quæ oratio similis est illi, Stichus *qui meus erit*, cum moriar. Hanc autem sic accipi constat, si meus erit, cum moriar. *L.* 6. *supr. de leg.* 1. Iam quæ sit conditio, apparet: hoc continet nimirum, si Titius arbitretur: si Titius, inquam; non si alius. Nec dici potest Titium esse arbitratum, si alius sit arbitratus, quantumvis vir bonus. Quapropter Titio non arbitrante conditionem obligationis deficere, ac deficiente conditione nihil deberi certum est. Neque vero hæc alia conditio est in stricti iuris, alia in bonæ fidei contractibus: proinde et huius in bonæ fidei contractibus eandem vim esse necesse est. 10 † Nam quod dicitur in *d. L. in proposita*, *pro soc.* arbitrium boni viri sequendum esse, eo magis, quod actio pro socio bonæ fidei est; non simpliciter dicitur, sed additur: in proposita quæstione. Erat autem proposita quæstio in L. *societatem*, *præced.* de eo cuius arbitrio ita partes societatis commissæ erant; ut iam ante etiam partes constituisset. In qua specie recte dicitur boni viri arbitrium esse sequendum; non etiam tunc, cum omnino Titius non est arbitratus, ut postea dicemus. 11 † Sane quod dicitur Titio non arbitrante in proposito nihil deberi, cum ea exceptione accipiendum est, quæ omnium conditionum, et omnium obligationum est communis. Ea est autem, ut conditio quamvis non impleta, tamen pro impleta habeatur, et promissor obligetur, si per eum fiat, quominus impleatur. *L. in exsecutione*, §. *ult. infr. eod.* *L. in iure*, *infr. de reg. iur.* Ad hanc rationem referri debet, quod legimus interdum, etsi Titius in cuius arbitrium res collata est, non arbitretur, tamen promissorem obligari. Id enim duabus in caussis placere animadvertimus; quarum utraque istam ipsam rationem habere reperitur. Una caussa est, cum per promissorem fit, quominus Titius arbitretur: quæ sententia ex hoc responso colligitur. Cum enim dicitur, cum stipulator moram fecit, quominus arbitretur Titius, promissorem, quasi moram fecerit, non teneri; his verbis, *quasi moram fecerit*, ratio inclusa est, cur promissor non teneatur, nempe hæc: quia dici non possit eum moram fecisse, quominus arbitraretur Titius. Itaque hac cessante; vel potius contraria caussa, idest, mora promissoris interveniente, contrarium ius relinqui intelligitur. At hæc exceptio aperte superiore illo iure nititur, quod promissore curante, ne conditio existat, perinde haberi debeat, quasi conditio exstitisset. Altera caussa est, cum conditio arbitrium con-

continens in ipsius promissoris arbitrium
12 collata est. † Servus venditus est hac conditione: si rationes domini, eiusdemque venditoris computasset arbitrio. Placet venditionem valere, etsi dominus potuit rationes accipere, nec accepit; vel accepit, et fingit se non accepisse: quasi magis in viri boni arbitrium id collatum sit, quam domini. *L. hæc venditio*, *supr. de cont. em.* An quod constituitur id in emptione, qui bonæ fidei contractus est: in contractibus autem bonæ fidei similiter ut in testamentis arbitrium alicuius obligationi insertum ubique pro viri boni arbitrio accipere debemus? Imo recte Bartolus: quia, inquit, conditio in arbitrium unius ex contrahentibus, nempe debitoris collata est. Quæ res facit, ut si conditio non existat, ipse promissor sit in culpa; quia scilicet cum possit, non arbitretur: atque hoc cum accidit, toties conditio pro impleta habetur. Huius rei certissimum argumentum est, quod ubicunque promittitur quid alterius arbitrio, quam promissoris, quamvis in bonæ fidei contractu id fiat: toties placet non arbitrante extraneo nihil agi; ut non in stipulatione tantum; sed et in societate, venditione, locatione supra dilucide probavimus. Contra vero ubicunque res confertur in arbitrium promissoris, etiam si stipulatione id fiat, non in contractu bonæ fidei; toties placet etiam detracto arbitrio pecuniam deberi, quasi viri boni arbitrium stipulationi insertum esset. Ut de dote ita promissa; quodcunque is qui promisit, arbitratus fuisset, et responsum et constitutum est *L. cum post*, *§. gener*, *sup. de iur. dot. L.* 3. *C. de dot. pro.* Quorum utrumque contra dicendum fuit, si quod in superiore specie servi venditi placet, venditorem etiam non arbitrantem omni modo teneri, huius iuris causam in eo esse volumus, quod in emptione talis conditio incidisset, quæ in alienum arbitrium conferretur: ac non potius in eo, quod collata esset conditio in arbitrium venditoris, qui servum ex empto debuit. Sed cur superiorem rationem argumentando adstruere conamur potius, quam ex ipsius Ulpiani verbis petimus in *d. L. hæc venditio*, *de contr. empt*? Hæc vero ab illo pene diserte expressa est, et quidem altera, quæ ex genere contractus ducitur, repudiata. *Si igitur*, inquit, *rationes potuit dominus accipere, et non accepit*, *vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emptionis est*; *et ex empto venditor conveniri potest.* Potest ergo venditor conveniri, quia impleta conditio emptionis est. Non ergo quia hic fuit emptio; sed quia in emptione conditionali talis conditio, quæ sit impleta. At cur impleta; aut quomodo? *si*, inquit, *dominus rationes non accepit*, *aut fingit se non accepisse.* Quod plane idem est, ac si diceret ideo impletam, quia per eum stet, quominus impleatur, dum rationes non accipit, aut his acceptis tergiversatur. Cur ergo hanc rationem aperte, et statim non posuit, aut cur hac sola non fuit contentus; sed primo ut probaret hic emptionem valere, hac ratione usus est, ut diceret veteribus placuisse magis in boni viri arbitrium conditionem collatam videri, quam domini? quia proposito magis convenire videbatur. Hac enim conditione posita, si servus rationes computasset domini arbitrio, dubitabatur, an venditio valeret: quoniam sub hac conditione, si promissor voluerit, nulla contrahitur obligatio. *L. sub hac*, *supr. prox. titu.* quod et ipse Ulpianus initio eius capitis disseruerat. Et ille hanc dubitationem statim removens, docet nihil tale in proposito esse metuendum, quia res non conferretur in nudam voluntatem venditoris, ut actenus solum obligaretur; quatenus vellet: sed conferretur in eius arbitrium tanquam boni viri. Hæc vero ratio non modo inferiorem illam, quæ apud Ulpianum subiicitur, non excludit; sed ita est cum illa coniuncta, ut ex illa efficiatur. Nam si is arbitretur, cuius arbitrium insertum est, receptum est in omnibus contractibus, nec minus etiam tum, cum extranei arbitrium comprehensum est, ut arbitrium eius ad boni viri arbitrium redigatur, ut paulo post dicetur. At in proposito perinde habetur venditor, quasi esset arbitratus hoc ipso, quod conditio non impleta; tamen eo rationes non accipiente et probante pro impleta habetur. Ex quo efficitur arbitrium eius pro boni viri arbitrio haberi in utramque partem, id est, sive arbitretur re vera, sive non arbitretur. † Sic et in L. 3. *C. de dot. pro.* in il- 13
la stipulatione, *dotis nomine dabis*, *quodcunque fueris arbitratus*, non ob aliam caussam tenetur promissor arbitrio detracto, quam quod ipso non arbitrante conditio pro impleta habetur, perinde, quasi esset arbitratus. Sed ideo illic hæc ratio redditur, quod videatur boni viri arbitrium stipulationi insertum, quia ad præcipuam eius caussæ dubitationem removendam pertinebat. Occurrebat enim statim, quod dos sine certa quantitate promissa esset: quod cum fit, toties stipulatio nullius est momenti. *L. ita stipulatus*, *infr. eod.* Proponiturque hæc dubitationis causa satis aperte in *d. L.* 3. sed multo apertius in eadem

spe-

specie a Papiniano in *L. cum post*, §. *gener. sup. de iur. dot.* Negat ergo illic Papinianus in proposita stipulatione incertam quantitatem dotis videri, quia intelligi possit ex circumstantiis personarum, quanta dos marito constitui debeat. Idem efficitur illa ratione, cum dicitur hic videri boni viri arbitrium stipulationi insertum. Sic enim certa erit dotis quantitas, si ex boni viri arbitrio res pendetur: qui id arbitraturus sit, quod sit æquum; idque ipsum ex facultatibus promittentis, et ex dignitate mariti facile statuet, ut hinc rem æstimandam esse Papinianus scribit in *d.* §. *gener.* Sed unde arbitrium hoc boni viri insertum intelligamus, si quæratur: non aliud respondere poterimus, quam id quod supra; ideo nimirum fieri, quia cum in arbitrium promissoris res collata sit, semper probetur ipso arbitrante arbitrium viri boni sequendum esse. Quod tunc etiam fieret, cum res collata esset in arbitrium extranei, et is de re constituisset. Ergo et nunc non arbitrante promissore, idem iuris esse necesse est: quia conditio, quæ ipso non arbitrante pro impleta habetur, facit, ut perinde sit, quasi esset arbitratus. Nihil igitur affertur, cur non rata sit
14 superior sententia: † cuius hanc summam esse volumus. In contractibus non tantum stricti iudicii, ut stipulatione; sed etiam bonæ fidei, ut emptione, locatione, societate, si obligatio in alterius arbitrium collata sit, valere quidem id quod geritur; sed contrahi obligationem sub conditione ita, ut si ille cuius arbitrium comprehensum est, non arbitretur, nihil agatur. Hoc tamen ita, si in extranei arbitrium collata res sit: aliter, atque si in arbitrium promissoris: qui sive arbitretur, ut conditione vere impleta obligatur: sive non arbitretur; tamen ideo tenetur, quia fecit non arbitrando, ut perinde sit, quasi arbitratus foret, atque hoc modo esset conditio impleta. Hinc fieri, ut semper hoc casu arbitrium debitoris pro boni viri arbitrio accipiatur: quia si is vere arbitratus esset, hoc ipsum viri boni arbitrium sequeremur. Quam quidem partem si spectemus, recte dicturi simus hactenus similes esse bonæ fidei contractus legatis. In quibus legatum vel fideicommissum ita relictum: si heres æstimaverit, si arbitratus fuerit, et similibus verbis; placet semper deberi, quasi viro bono commissum. *L. si sic*, *de leg.* 1. *L.* 11. §. *quamquam*, *supr. de legat.* 3. Sed non est, cur hoc tribuamus solum contractibus bonæ fidei. Nam et in stipulatione idem iuris est, si erit in arbitrium promissoris collata, ut postea dicetur. Ut generaliter probandum sit et in testamentis, et in contractibus, neque his tantum bonæ fidei, sed etiam stricti iuris, quod arbitrio debitoris commissum est, pro boni viri arbitrio accipi; ut debeatur pecunia omnimodo, sive ille arbitretur, sive non arbitretur: utrobique tamen pro boni viri arbitratu. Quanqum ne hic quidem quidquam proprium est huius conditionis de qua agimus: sed efficitur ex eo, quod pertinet ad omnes conditiones. Sic enim ius est, ut si per promissorem fiat, quominus conditio impleatur, toties habeatur pro impleta. † Quod 15
si res in arbitrium Titii extranei conferetur, de quo potissimum nunc quærimus, quæque sola vere conditio est, et is sine culpa promissoris non arbitretur: hoc loco necesse est manere illam differentiam, quam in hac parte statuimus inter legata et res creditas; ut illic etiam non arbitrante Titio legatum debeatur ex arbitrio boni viri, quod illic accipimus: hic res promissa non debeatur, quia in hoc genere non accipiamus arbitrium cuiusvis boni viri, sed Titii: ut proinde consequens sit eo non arbitrante deficere conditionem. Sed occurritur nobis hoc loco. In testamentis legatur quid arbitratu Lucii Titii: in contractu promittitur et constituitur quid itidem arbitratu Lucii Titii, nempe totidem verbis. Et quomodo in eadem conditione iisdemque verbis alia verborum significatio in testamentis, alia in contractibus esse potest? Et siquidem ex verborum significatione esset superior distinctio, verendum esset, ne in eo pugnantia dicere viderentur veteres. Nunc autem ne id metuamus, aio utrobique et in testamentis et in contractibus, his verbis, *arbitratu Lucii Titii*, nihil aliud contineri, nisi ut Lucius Titius arbitretur: ac si non arbitretur, aio conditionem verborum deficere. Etsi enim concedo Lucii Titii arbitrium id continere etiam vi verbi, ut arbitretur tanquam vir bonus, id est, æquum: tamen hoc saltem verbum exigit, ut prius arbitretur Titius: neque si arbitretur alius, verum erit Titium arbitrari. Unde igitur hæc distinctio? ex sententia eorum, qui his verbis usi sunt, quæ in verbis quidem eorumque significatione non est semper: ex eo tamen, quod scriptum est, colligitur, servaturque non minus, quam si verbis esset expressa. Hanc vero iisdem verbis positis aliam in testatore intelligi, aliam in contrahentibus nihil prohibet: quod in hac re plane accidit. In testamentis hac adiectione, *arbitratu Lucii* Ti-

Titii, non alia exprimitur conditio, quam hæc, si Lucius Titius arbitratus fuerit. Sed quia *arbitrii* verbum significat Lucii Titii arbitrium, quatenus æquum est, et arbitrio boni viri convenit; ex eo quod verba significant sententiam testatoris interpretamur latius, atque hanc fuisse colligimus, ut si ex eo arbitrio Titii, quod æquum est, legatum deberi voluit: existimetur et quacunque alia conditione deberi voluisse, qua arbitrium æquum efficiatur: quod fit, rem boni cuiusvis viri arbitrio in totum committendo. Exemplo erit, cum quid filiofamilias relictum est, sub conditione, Si morte patris sui iuris fuerit effectus, et is a patre emancipatus fuerit, aut contra relictum sub conditione, Si a patre fuerit emancipatus, et is morte patris, aut deportatione sui iuris factus sit. Nam in utraque specie placuit legatum deberi. *L. fideicommissa*, 11. §. *si cui*, *supr. de leg.* 3. *L. mulier*, *supra*, *ad Trebel. L.* 3. *Cod. de institut. et substitut.* Atqui neutrubi conditio adscripta re vera extitit: nam neque emancipatio mors est patris; neque mors aut deportatio patris est eius emancipatio. Sed ex conditione adscripta voluntas testatoris intellecta est. Ideo enim voluit legatarium prius quam dies legati cederet, sui iuris fieri, ut sic legatum sibi non patri acquireret. Nihil autem ad sensum eius interest, utrum legatarius morte patris sui iuris fiat, an deportatione, an vero emancipatione; aut e converso. Hanc sententiam cognitam sequimur. Hæc eadem legatum et conditionem facit, ut declaratur in *d. L. mulier*, illic, *decrevisse igitur*, ad Trebel. Hinc quamvis alia conditio extiterit in proposito, quam quæ verbis expressa est: dum tamen una aliqua sit ex iis, quibus existentibus legatarius fiat sui iuris, dicitur videri conditionem legati extitisse in *d. L.* 11. §. *si cui*, *de legat.* 3. In contractibus autem quoties una aliqua conditio verbis expressa est, sic in ea consistimus: ut si ea defecerit, nihil debeatur, etiam si alia extiterit, quæ natura aut iure idem efficiat. Ut puta, dedit quis dotem, et dationi legem dixit, ut si morte solutum esset matrimonium, dos sibi restitueretur. Placuit si divortium factum esset, dotem reddi non debere: etsi maxime divortio eodem modo matrimonium solveretur. Idemque e converso dicendum est. *L. si cum dotem*, *supr. solut. matr.* Hoc ideo, non tantum quia verba eam conditionem alteram non exprimant; sed etiam quia sententia contrahentium repudiet. Contrariæ voluntatis coniectura in testatore et contrahentibus ex circumstantiis personarum, et eo quod agitur, ducitur. Aliter animo affectus est testator legando: aliter in negotio gerendo contrahentes. Quia enim testator legando liberalitatem exercet in eum, ad quem cupiat beneficium suum pervenire; et id statuit, post quod aliud velle non potest: ideo credibile est cupere eum, non solum ut voluntas sua quacunque ratione exitum habeat, sed etiam ut legatum quam plenissime accipiatur, quoad eius patitur significatio voluntatis. Inde dictum, in testamentis plenius testantium voluntates nos interpretari. *L. in testamentis*, *infr. de regul. iur.* In contractibus, in quibus de uno obligando agitur, hæc debitoris mens esse creditur, ut ultra quam verba contractus eum tenent, nolit obligari: neque enim quisquam existimatur facile suum iactare, ut est in *L. cum de indebito*, *vers. sin vero*, *supr. de prob.* Ex eius vero consensu cum res præcipue pendeat: eo fit, ut his quæ verbis contrahentium caventur, ultra quam verbis ab illo cautum est, non progrediatur obligatio: usque adeo, ut etsi quid contineatur verbis cautionis, si tamen ambigua oratio sit, orationem contra creditorem interpretemur. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. eod.* Hæc de proposita quæstione dicta sunt, cum Titius cuius arbitrio a contrahentibus res commissa erat, arbitratus non est. † Quod si ar- 16
bitratus erit; ut conditione impleta ius mutari necesse est: promissor tenebitur videlicet. Sed an ita, ut quemadmodum in cæteris conditionibus accidit; sic et in hac caussa, conditione existente, pecunia quantam Titius constituit, tanta debeatur tanquam promissa? Et de hac parte hæc iuris summa est: placere Titio, cuius arbitrium comprehensum est, arbitrante, ut conditione impleta pecuniam deberi; sed hactenus, quatenus ille æquum constituit, et ut virum bonum constituere oportuisset. Quod si aliter arbitratus erit, hic servari idem, quod in testamentis, ut ad boni viri arbitrium res redigi debeat. Hoc receptum esse in bonæ fidei contractibus, ut constat ex *L. societatem*, 76. *et L. in proposita*, 78. *supr. pro soc.* sed nihilominus valere et in stricti iuris iudiciis. Nam et hoc tunc receptum est, cum libertus iuravit dare se tot operas, quot patronus arbitraturus sit. *L. si libertus*, *supr. de op. lib.* Quod si adversus patronum observatur, et in operis, quas tamen libertus naturaliter debet patrono: *L. si non sortem*, §. *libertus*, *supr. de condict. indeb.* multo magis et aliis in rebus observabitur, et adversus alios. † In 17
hoc

hoc numero non esse compromissa: in his sic a persona arbitri non recedi, ut sive æquum, sive iniquum dixerit, parere debeant hi, a quibus ex compromisso sumptus est. *L. diem*, §. *stari*, *L. in compromissis*, *supr. de recept.* dicta L. *societatem*, *in fin. supr. pro soc.* In his illa obscuram rationem non habent. Primum quod placet Titio arbitrante promissorem obligari, sive ille æquum sit arbitratus, sive iniquum: quippe hoc modo conditio, quæ illis verbis, arbitatu Lucii Titii, inerat, exstitit: et certi iuris est existente conditione omnem stipulationem committi. §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Deinde quod placet in compromissis pœnam deberi, si quis sententiæ arbitri non pareat, sive æqua sit, sive iniqua. Nam et hoc convenit verbis stipulationis pœnalis, qua pœna simpliciter ita promittitur, si quis non steterit arbitri sententiæ; et est ex sententia litigatorum maxime: a quibus sic itur ad arbitrum, ut ille sententiam dicat, et eius sententia ab omni controversia discedatur. *L. Pomponius*, §. *recepisse*, *L. qualem*, §. 1. *L. quid tamen*, *supr. de recep.* Quod nunquam fiet, si hæc etiam nunc defensio adversus eius sententiam relinquetur, ut liceat dicere ipsum iniquum dixisse, et hac ratione
18 sententiam eius infirmare. † Illud explicatione indiget, et maxime propter superiorem distinctionis partem incidit in difficultatem, quod placet, Titio iniquum constituente, rem redigi ad arbitrium viri boni, et quidem in strictis iudiciis. Primum enim hic quæritur, unde hoc arbitrium contineri intelligamus, cum nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. Deinde si quis superioribus verbis hoc arbitrium in hac parte contineri dixerit, qui fit, ut Titio non arbitrante idem arbitrium contineri negemus: cum in utramque partem eadem sit conditio, idemque arbitrium exprimat, sive illa existat, sive non existat? cur non potius aut neutrubi arbitrium boni viri spectandum esse dicimus, aut statuimus in priore parte itidem id sequendum, ut in posteriore? Tum autem ut nihil obstent præcedentia, tamen vel ipsa conditio stipulationis facere videtur, ut quod Titius arbitratus est, totum præstari debeat: scilicet quia promissum est. Sic enim vis est stipulationis conditionalis, ut cum conditio extitit, pecunia quæ promissa est, debeatur, et quidem quanta promissa est. *L. a Titio*, *infr. eod.* et quod de pœnali stipulatione traditur, id transferendum est ad omnes alias conditionales, ut conditione existente solum inspiciendum sit, quæ sit conditio, quæque quantitas stipulationis. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *in fin. supra*, *eod.* Postremo quo magis negemus Titio etiam arbitrante a persona eius recedi, et boni viri arbitrium sequendum esse, facit *L. ult. C. de cont. empt.* et *L. si merces*, *supra*, *loc.* in quibus scriptum est, si Titius, cuius arbitrio pretium in emptione, aut merces in locatione commissa erant, pretium aut mercedem definierit, omnimodo secundum eius æstimationem et pretium et mercedem persolvi debere, et contractum ad effectum pervenire. Hæc, inquam, nobis explicanda sunt. Et adversus priora omnia una maxime efficax responsio est, si, quod placet Titio arbitrante rem redigi ad arbitrium boni viri, si ille iniquum constituerit, dicamus eo fieri, non quia verba id significent; sed quia id actum esse intelligatur, quod significatur in *L. si libertus*, *supra*, *de op. lib.* prius tamen id efficiendum est, hoc actum videri, cum vir bonus nominatus non sit; sed certa tantum persona. Et quamvis non significetur hæc sententia verbis: colligitur tamen ex verbi significatione, quo contrahentes usi sunt: sed maxime ex hominum rem arbitrio committentium consuetudine. Certa persona nominatim comprehensa est: sed tamen arbitrium eius personæ est appellatum. Verbum *arbitrii* ut iam antea diximus, non meram voluntatem significat: sed æstimationem et sententiam cum iudicio coniunctam: ubi quis non temere quid affirmet, et pro affectione, qua ducatur erga hunc aut illum: sed pro eo atque in re æquum, et æstimandum putet: et ideo legatum in voluntatem heredis conferri non potest: *L. Senatus*, §. *legatum*, *supra*, *de leg.* 1. in arbitrium et æstimationem potest. *L. si sic*, *supra*, *de* leg. 1. *L.* 11. §. *quanquam*, *supra*, *de leg.* 3. Ergo hanc æstimationem hic exigi verbum *arbitrii* ostendit. Ex eo cœpit intelligi sic a contrahentibus arbitrium postulari, ut velint, si arbitretur, illum id dicere, quod æquum existimet: sed nihil amplius ex verbo, quam ut dicat, quod existimet esse æquum. At illud amplius ex more et sensu omnium hominum colligitur etiam inter eos id agi, ut ne aliter arbitretur re vera, quam virum bonum facere oportet: quia auctore Celso fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant; non quia vel immodice obligari velint. *d. L. si libertus*, *supra*, *de op. lib.* Recte Celsus: cur-

cur enim potius in arbitrium Titii rem conferunt, quam in voluntatem? Hoc posito cætera sua sponte diluuntur. Non sequimur, inquimus, boni viri arbitrium, cum Titius arbitratus non est: tametsi in utramque partem nominatum sit Titii arbitrium, seu arbitratus, non voluntas. Non mirum: non enim verbum arbitrii, cum ad certam personam directum est, cuiusvis viri boni arbitrium significat, sed eius solum cuius arbitrium comprehensum est. Cur ergo arbitrante Titio potius arbitrium boni viri accipimus, cum ne sic quidem sit nominatum? non quia dicamus verba id arbitrium nunc magis significare, quam ante: alioqui pugnantia diceremus: sed quia id actum est, ut si Titius arbitretur, res revocetur ad arbitrium boni viri, ne promissor immodice obligetur. Cur igitur cum Titius non arbitratur, non id etiam agi dicimus, ut ad viri boni arbitrium res referatur? quia aperte id ipsum actum est potius, ne aliter obligatio contrahatur, quam si Titius arbitratus sit, ut diserte eodem auctore Celso scriptum est in *L. si coita. 75. supra, pro soc.* Recte hoc quoque Celsus: his enim verbis, *quod Titius arbitratus fuerit, seu arbitratu* Titii, conditio inest: conditionis autem omnis vis est ea, ut si non existat, contrahentes nihil agi velint. §. *sub conditione, Instit. L. non solum, supra, de obl. et act.* Et certe ut arbitrante Titio id actum videatur, ut boni viri arbitrium sequamur; non arbitrante autem id actum, ne sequamur: etsi verbis contrarie scriptum videtur: re vera tamen utrumque eiusdem rationis est, et ex eadem cogitatione efficitur. Eo enim spectat, ne promissor obligetur; propterea quod illo arbitrante, si boni viri arbitrium adhibemus, fit, ut promissor non obligetur immodice. Non arbitrante illo, si boni viri arbitrium non accipimus, fit, ut non obligetur promissor ullo modo: semper autem hæc promissoris cogitatio est, ut quam minimum fieri potest, velit obligari: ac proinde nolit ultra, quam aut verbis comprehensum, aut actum est. Et quid, si apertius agitur, ne promissor obligetur Titio non arbitrante, quam illo arbitrante, ne obligetur immodice? semper enim conditio conceptione ipsa hoc efficit, ut ea non exsistente nihil debeatur: cum, ut Titio arbitrante dicamus promissorem obligari tantum ex arbitrio boni viri, non tam verbis efficiatur, quam contrahentium sententia. Eadem ista ratione, quod id actum est, ut arbitrante Titio æstimatio ad boni viri arbitrium redigatur, fit, ut non ultra, quam vir bonus constituisset, promissor teneatur vel ex ipsa stipulatione. Est quidem ita, ut ex stipulatione conditionali postquam conditio exstitit, debeatur, quod et quantum promissum est. Sed id solum promitti et deberi in omni contractu intelligitur, quod ut præstaretur actum est: semper enim id sequimur quod actum est, non in bonæ fidei iudiciis tantum, sed et in stipulationibus omnibusque aliis contractibus. *L. sed Celsus, §. 1. supra, de contrahend. empt. L. semper in stipulationibus, infr. de regul. iuris, L. eum, qui Calendis, supr. eod.* Inde fit, ut etiam in stipulationibus si quid Titii arbitratu promissum sit, et ille arbitretur, recte dicamus id quod constituit, ad boni viri arbitrium redigi debere, non minus quam in societate, aut aliis contractibus bonæ fidei. Et haud scio an id usquam confirmetur magis, quam in *L. in proposita, supr. pro soci.* ubi tamen de bonæ fidei iudicio agitur. Quod enim dicitur in quæstione illic proposita arbitrium viri boni sequendum esse, *eo magis quod iudicium pro socio bonæ fidei est*: vel his verbis maxime declaratur, in aliis etiam contractibus in re simili arbitrium boni viri sequendum esse; sed in iudicio bonæ fidei magis. Sed videamus ne in utroque genere contractuum cum Titius arbitratur et rem æstimat, omnino eius æstimationem sequi debeamus, nec ad boni viri arbitrium res redigi debeat ex L. *ultim. Cod. de contrahend. emptio.* quam supra obiiciebamus. † 19
Id quidem illius legis verbis aperte effici videtur. Sic enim Iustinianus: *sancimus*, inquit, *cum huiusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille æstimaverit; sub hac conditione stare venditionem, et si quidem ipse qui nominatus est, pretium definierit; omni modo secundum eius æstimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire.* Quod totidem pene verbis de mercede in eadem conditione locationis scriptum legimus in *L. si merces, supra, loc.* Si solum dixisset Iustinianus, Titio arbitrante pretia omni modo persolvi debere, intelligeremus eum explicare, quod prius dixerat; nempe venditionem valere ita, ut necesse sit pretia inde persolvi: et hoc omni modo, idest, sive Titius æquum pretium statuisset, sive iniquum: ut non possit alteruter ex contrahentibus emptionem hoc prætextu reiicere, quod diceret Titium inique esse arbitratum. Sed addidit, solvi debere pretia secundum Titii æstimationem: quod nihil aliud significat, quam debere ita solvi, ut ille æstimavit, et definivit. An dice-

cemus aliud esse, quanti Titius æstimaverit, aliud, quantum Titius arbitratus fuerit? iam supra docui, hæc idem valere, idque evidenter probari. *L si sic, supra, de legat.* 1. *et L. si merces, loc.* An ergo superiore constitutione victi statuemus potius Titio arbitrante, ne hic quidem a persona eius recedi, et redigi rem ad arbitrium boni viri? sed neque exploratum est illam constitutionem unam esse ex decisionibus Iustiniani, quæ novo Codici insertæ veteri iuri derogent; et contraria sententia cum locis manifestis constituta est in bonæ fidei iudiciis præsertim; tum æquitate et ratione ita certa nititur, ut de ea ne dubitare quidem liceat: itaque nemo adhuc, quod sciam, extitit, qui in bonæ fidei iudiciis eam reiiceret. Quid ergo est? ego puto recte dici, in emptione, in qua Titius, cuius arbitrium comprehensum est, pretium definivit, pretium omnimodo solvi debere secundum eius æstimationem, et quidem quantum ille constituit; itemque mercedem in locatione eodem modo; neque ideo superioribus id adversari: quia tantam æstimationem sequi, quantam ille definierit, non sit iniquum, non repugnans arbitrio boni viri. Quod enim iam aliquoties obiter posuimus, id hoc loco præcipue tenere oportet, quod dicitur Titio arbitrante rem redigi ad arbitrium viri boni; non simpliciter dici, sed hac conditione, si Titius iniquum constituerit, atque adeo si Titii arbitrium ita pravum sit, ut manifesta eius iniquitas appareat. Sic enim verba sunt *L. unde*, 79. *supra*, *pro soc.* hoc vero non accidit in emptione Titio pro potestate æstimandi sibi commissa pretium æstimante: sive enim is minoris rem æstimaverit, quam illi vulgo facerent, sive multo pluris: tamen hoc pretium sequi neque iniquum est, neque adversatur bonæ fidei, aut æquo et bono. Hoc si probatur, res est expedita: atqui res ita habet. Quod enim si statueretur a contrahentibus, naturaliter fieri; nec contra bonam fidem extimaretur in pretio aut mercede æstimanda; hoc si fiat a Titio cuius personam contrahentes arbitrio substituerunt, eodem modo naturaliter, nec contra bonam fidem fieri existimandum est. At veteres de emptione et venditione, locatione et conductione ita definierunt; Quemadmodum emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, atque ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus idem iuris est. *L. item si pretio*, §. *ult. supra*, *loc. L. in causæ*, 2. *in fin. supra*, *de mino.* Proinde etsi Titius velit, quod pluris sit, emptorem minoris emere, aut quod minoris sit; venditorem pluris vendere, nihil hic magis adversus naturæ æquitatem, aut bonam fidem facere putandus est. Præsertim cum multæ sint causæ, quamobrem res quæ pluris est re vera, inutilior sit emptori, quam ut illi expediat tanti emere: aut hoc tempore difficilior, et damnosior pecuniæ solutio, quam ut conveniat in eam emptionem tantam pecuniam collocari: et contra causæ multæ, cur res, quæ minoris est, utilior sit venditori, quam ut illi expediat rem tanti quanti per se est, relinquere: quarum rerum et similium rationem haberi neque iniquum est, neque alienum ab officio et arbitrio boni viri: idemque de mercede in locatione dicendum est. Ergo in ista æstimatione non redigitur res ad arbitrium boni viri, non quia si iniqua esset æstimatio, non placeret eam redigi debere: sed quia in emptione non est iniqua, eoque nec iniquum eam servari; ut proinde nec ad aliud arbitrium boni viri provocare oporteat. Hoc vero ius constituisse Iustinianum motum natura emptionis, et locationis, id est illa ratione, quam supra exposui, magno argumento est, quod nominatim complexus est id se constituere in proposita specie. non quod hæc verba essent, *quanti Titius æstimaverit*, sed quod hæc conventio in emptione esset posita ad pretium constituendum, *Sancimus*, inquit, *cum huiusmodi conventio super venditione procedat*: significans se, quamvis in eadem conventione, non tamen idem esse admissurum, ubi non liceret pluris, aut minoris rem æstimare: ut in emptione et locatione. Quid tamen, si Titius rem maioris pretii æstimet duplo minoris: quo casu si venditor ipse nullo arbitrante rem ita vendidisset, venditio rescinderetur ad eum modum, qui præscribitur. *L.* 2. *C. de resc. vend*? Et hactenus concedo iniquum arbitrium esse Titii: idque ex eo apparere quod æstimatio eiusmodi ut iniqua improbetur legibus. Proinde et corrigi debere arbitrium bonæ fidei iudicio concedo: uti fieret in societate in simili iniquitate arbitrii. *d. L. societatem*, *et L. unde*, *supr. pro soc.* Et cur non corrigeretur huiusmodi æstimatio, cum Titius est arbitratus, quæ corrigeretur etsi contrahentes ipsi eam ab initio constituissent? nam profecto et quod Titius pretium constituit, perinde habendum est, ac si contrahentes ipsi per eum statuissent.

Non

Non adversatur lex Iustiniani. Ea enim et similes generales sunt, statuentes id quod in emptione de pretio convenit, servandum esse. Huius generis constitutiones iuris communis speciales exceptiones aliis partibus iuris constitutas non excludunt: iuxta regulam iuris, in toto iure generi per speciem derogatur L. *in toto*, *infr. de regul. iur.* Et cum contrahentes ipsi pretium definierunt, traditum esse scimus pretium solvendum esse secundum eorum æstimationem, idest, quantum constitutum est. *L. Iulianus*, §. *ex vendito*, *supr. de actionib. empt.* Neque ideo excludi putamus exceptionem illam, si quis minoris dimidia parte iusti pretii emerit, constitutam L. 2. et *L. si voluntate*, *in fin. C. de resc. vend.*

Hactenus in hac conditione, *arbitratu Lucii Titii*, quis sit eventus obligationis in utramque partem dictum est, sive Titius arbitretur, sive non arbitretur, tum in testamentis, tum in contractibus. Sed ut possit de eo in alterutram partem quidquam decerni: aut ex his quæ diximus, quidquam valere: prius constituendum est omnino, an Titius fuerit arbitratus, necne. Quod si in facto tantum nudo personæ positum esse constaret, remotis omnibus personæ, temporis, loci, aliarumque rerum circumstantiis, nulla esset dubitatio. Facile enim intellectu est, ubi Titius dixerit, quid sibi videatur, ubi non dixerit. Sed et hic de iure quæstio introducitur, utrumne in arbitrando quædam observanda sint, quibus remotis perinde habeatur, quasi Titius non esset arbitratus: an vero nihil amplius hic inspiciendum, quam ut ille arbitrium suum exposuerit, aut non exposuerit. Quo loco hæc tractata ab interpretibus animadverto: an præsentibus contrahentibus arbitrari Titium oporteat, ut aliquid videatur arbitrium egisse: an arbitrii potestas certo tempore inclusa sit, vivo etiam adhuc Titio: an morte eius finiatur: an personæ eius mutatione: an mortuo uno ex contrahentibus extinguatur. De quibus dicam breviter, idque eo libentius, non tam quia hic quæruntur apposite; quam quod cupio errorem vulgarem evelli, qui mihi in his subesse vide-
20 tur. † Quærunt ergo, an Lucio Titio arbitrium instituente necessaria sit contrahentium præsentia, ut cum his consultet de re, et eorum sententiis de ea re cognitis tandem dicat ipse, quod æquum existimat. Et hic magno conatu Bortolus de sententia aliorum quorundam probare nititur esse necessariam: idque etiam tentat efficere ex hoc ipso responso. Ego didici in his verbis, *Arbitratu Lucii Titii*, conditionem inesse. Quæ autem conditiones in potestatem alterius seu arbitrium collatæ sunt, qualis est hæc, iudicio quidem non fato impleri debere: cæterum ubi consulto factum sit, quod in conditione erat, conditioni paritum videri, sive is qui adiecit, sciverit factum esse, sive ignorarit. *L. 2. supr. de cond. et dem.* Proinde puto recte dici in proposito, ubicunque Titius admonitus rem arbitrio suo commissam, dixit quod placeret, promissorem obligari, quantumvis absentibus litigatoribus id fecerit. Arbiter quidem ex compromisso sumptus absentibus litigatoribus de re controversa iudicare non potest, *L. diem*, §. *si quis*, *supr. de recep.* exemplo iudicis: quoniam et ipse iudicis partes in se recepit. *L. Pomponius ait*, §. *recepisse*, *supr. de recep.* et compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur. *L. 1. sup. eod.* Sed male cum arbitro compromissario comparabitur is, cuius arbitrio commissa res est tantum ex conditione stipulationis: qui partes iudicis nequaquam suscepit, nec de re controversa est aditus. In hoc quæritur, an sit arbitratus, ut sic conditioni paruerit, quod facere potest et præsentibus contrahentibus, et absentibus. In illo non tantum quæritur, an sit arbitratus; sed etiam quam recte, et quam ex officio iudicis, cuius personam ipse induit. Magistratui quoque cum aliquid commissum est æstimandum, ut de eo postea aliquid decernat, etiam si sine iudicio et lite instituta id faciat: tamen iniungitur illi, ut convocatis iis, ad quos ea res pertinet, inquirat in rem: deinde permittat, et decernat quod videtur. *L. 3.* §. *sed si non constat*, *supr. ubi pup. ed deb. L. legatum*, *supr. de usu. et usuf. leg.* Atqui in decreto iudicis nihilominus caussæ cognitio necessaria est, quam in sententia ferenda. *L. nec quidquam*, §. 1. *supr. de offi. pro.* Non potest autem caussa cognosci, nisi evocatis et interrogatis his, ad quos ea res pertinet. *L. in caussæ*, 1. §. *caussa*, *supr. de minor.* Sed hoc ius non pertinet ad eum in cuius arbitrium conditio collata est: de quo ad conditionem explendam solum quæritur, an fecerit, quod in conditione erat, non etiam quam recte, et quanto cum iudicio sit arbitratus. At enim lædi poterunt contrahentes, si his inconsultis arbitretur Titius. Proinde etiam convocandi: ut fit in adoptione, in qua constitutum est adhiberi eos, qui læderen-

tur

tur confirmatione adoptionis. *L. nam ita, supr. de adop.* Siquidem Titio inconsultis contrahentibus arbitrante illi læderentur, concedam recte colligi illos quoque ad rem æstimandam adhiberi debere. Sed non lædi eos perspicuum est: nam si æquum est arbitrium Titii, aperte non læduntur. Sin pravum: tamen nihilominus res contrahentibus salva est: quippe redigetur ad arbitrium boni viri, ut supra satis ostendimus. Infirmum vero argumentum est, quod istis ex hoc responso ducitur. Hic significatur per stipulatorem fieri posse, itemque et per promissorem, quominus Titius arbitretur. Quærunt, quomodo id fieri possit, si Titius admonitus potest illis ignorantibus et absentibus arbitrari. Nam si potest illis absentibus, nulla est in illis mora, id est, nulla causa, quominus arbitretur. Non ita est: nam Titius si velit arbitrari illis absentibus, potest, nec illorum absentia obstabit: sed si nolit illis inconsultis id facere; potest hoc quoque sibi imperare, ut faciat; idque ita rectius interdum fieri concedendum est. Hic si denunciet contrahentibus, ut adsint, et nolit alteruter adesse; vere dicetur per eum moram factam esse, quominus Titius arbitretur: ut qui alia conditione adduci non potuerit, ut de re constitueret, quam si contrahentes adessent. Cæterum ita se instituere non cogitur. Illud, quod pro firmamento suæ sententiæ Bartolus posuit, non modo ex omnibus mihi minime firmum, sed etiam pene ridiculum videtur. Edicto ædilium, si quid ita veniit, ut nisi placeret, intra præfinitum tempus redhiberetur; rata conventio habetur, ut traditur in *L. quod si nolit*, §. *si quid ita, supr. de æd. ed.* ex eo ille colligit, si in aliquem collatum sit, ut quid illi placeret, aut non placeret, de eo illum statuere debere præsente eo, ad quem ea res pertinet. Credo ideo, quia redhibere venditori rem ita emptam est, illi rem reddere. *L. redhibere, supr. de æd. ed.* Obsecro, quid hoc ad rem pertinet? non potest, de qua re ita convenit, ut intra certum tempus displiceret, ea nisi præsenti reddi. Ideone consequens est non posse rem displicere nisi præsente venditore? imo ante emptori displicet: sed non est satis ad redhibitionem futuram: hoc etiam sequi debet, ut intra tempus præfinitum re ipsa redhibeatur.

21 † De tempore, intra quod Titius recte arbitretur, nihilo verius est, quod ab illis traditur. Si hæc oratio, *arbitratu Lucii Titii*, conditionem habet, si ille arbitretur: dicendum est, quandocunque ille arbitretur, conditionem existere, eaque impleta stipulationem committi. *d. L. 2. supr. de cond. et dem.* et generaliter probandum est in conditione non inspici, quando exstiterit, sed an exstiterit: adeo, ut spes quoque conditionalis stipulationis ad heredes transmittatur. §. *ex conditionali, Instit. eod.* Ut autem probetur esse aliquod tempus, intra quod Titius arbitrari debeat; quid est ineptius, quam uti argumento eius, qui convenit, ut si res empta non placeret, posset eam redhibere; cuique ad eam redhibitionem actio datur edicto ædilium intra certum tempus? *d. L. quod si nolit*, §. *si quid ita, supr. de æd. ed.* An ei datur tempus, intra quod possit de re arbitrari, et dicere sibi non placere: ac non potius intra quod possit rem redhibere? datur vero hoc ei tempus ad redhibendum, non ad arbitrandum, et rem improbandam; et quandoque emptori res displicere potest: sed non potest quandoque de ea redhibenda agere. Quid autem Titius in proposito? utrum ex arbitrio suo agit; an vero dicit tantum, quod sibi videtur? nempe dicit tantum, quod videtur, ut conditionem arbitrii impleat, neque postquam id fecerit, sibi ullam actionem eo nomine dari postulat. Quid, si Titius semel dixerit se arbitrari nolle, an hic erit arbitrandi finis: ut quamvis postea mutato consilio arbitratus fuerit, non tamen committatur stipulatio? Minime. Sed hic servabimus idem, quod in cæteris conditionibus, quæ sunt in non faciendo. Etenim cum promittitur quid sub conditione, *si Titius arbitratus fuerit*, intelligendum est sub contraria conditione cessare obligationem, *si Titius arbitratus non fuerit.* Conditiones autem quæ in non faciendo sunt, veluti, si Titius non dederit, si Capitolium non ascenderit, non prius exsistunt, quam certum esse cœperit, id quod in conditione erat, amplius Titium facere non posse: etsi aliquando facere potuerit, et tamen noluerit. *L. ita stipulatus, infr. eod.* Proinde et hæc conditio *si Titius arbitratus non fuerit*, non prius efficiet, ut obligatio desinat posse contrahi, quam certum factum sit illum amplius arbitrari non posse. Itaque quandocunque postea arbitratus erit, promissor tenebitur. Nec aliter desinet illi hoc arbitrium nocere, quam si communi consensu stipulatoris et promissoris ab eius arbitrio discessum fuerit. Quam huc etiam nihil facit *L. ult.* §. *sed etsi quis, Cod. com. de leg?* Illic hæc species proponitur. Legavit testator alicui Stichum aut Pamphilum: utrum Titius eligeret. Iustinianus constituit, ut si intra an-

annum Titius non elegerit, videatur ipsi legatario delata esse electio. Sed an non videmus hic singulare ius constitui, quo voluntas tostatoris citius exitum habeat; cum constituat, ut electio legatario detur, quæ nulla esse posset, si in ea specie conditio retineretur? Deinde an idem esse putamus, quod Titius elegerit, de qua conditione Iustinianus constituit: et quod Titius arbitratus fuerit, de qua conditione nunc agimus? erramus, si putamus. Alioqui in illis verbis, *quod Titius elegerit*, nullam conditionem a Iustiniano, nullam moram constitui oportuit; sed statim legatum dare ex arbitrio boni viri: cum in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro boni viri arbitrio accipi debeat: quod neque conditionem, neque moram ullam recipit, ut est in *L. 1. supra, de leg.* 2.

22 † An morte Titii deficiat conditio, quærendum non est; quis enim eo mortuo conditionem impleat, cum amplius non sit Titius, qui arbitretur: qui tamen ex conditione et proposito contrahentium arbitrari debuit? Nam heredem dicere conditionem implere posse absurdum est: cum neque verbis conditio in eius personam collata sit; et sententia contrahentium Lucii Titii arbitrio res sit commissa, quia eius prudentiam, et fidem elegerint. Quæ qui in herede eadem esse putat, aut a contrahentibus in homine alioqui ignoto eadem esse electa; is rerum est imperitus. Quid, si vivo adhuc Titio conditio eius mutata fuerit: puta, deportatus sit, et eo modo in numero civium esse desierit? non ideo arbitrandi potestatem pœna peremptam esse dicemus, arg. in *L. cum pater*, *§. cum pater*, *supr. de leg.* 2. Et certe post deportationem idem Titius manet, qui fuit, et is qui non minus possit de re iudicare et

23 arbitrari natura, quam ante. † Quid, si unus ex contrahentibus prius mortuus sit, quam Titius arbitretur? nihilominus eo arbitrante heres tenebitur, aut actionem habebit. Ex conditionali stipulatione spes est debitum iri, eamque ipsam spem ad heredem transmittimus; ut quamvis nobis mortuis conditio extiterit, tamen stipulatio nobis committatur, aut adversus nos. *§. ex conditionali*, *Instit. eod.* Diversa caussa compromissi: ex quo si ad arbitrum itum sit; uno ex litigatoribus mortuo solvitur compromissum, nisi in compromisso heredis mentio facta sit. *L. diem*, *§. 1. supr. de recep.* Differentiæ ratio est, quod in compromisso præcipue de iudice eligendo et sequendo, id est, de personæ eius iudicio, fide, integritate probanda agitur; et quod pœna adiicitur, non nisi ad eius approbationis confirmationem per occasionem et consequentiam rei perficiendæ promittitur. Quæ approbatio omnis personalis est: neque enim idem iudicium est heredibus. Et credibile est litigatores in re, quæ in electione personæ certæ posita est, et in ea causa, quæ ad heredes postea est perventura, cupere omnia his relinquere integra, ut ne inviti eiusdem personæ iudicio et fidei se concredere cogantur, nisi nominatim heredes suos eidem pœnæ subiecerint. Argumento et societas, quæ cum electione certæ personæ, id est, socii constet, etiam morte unius ex sociis solvitur, *§. solvitur*, *Inst. de soc.* At in stipulationibus aliis, itemque contractibus de re danda præstandave principaliter agitur; cuius rei præstatio non cohæret personæ, sed ad heredes transit, ut est stipulationum natura. L. *veteris*, *C. de cont. et com. stip.* Nec multum ad rem faciet, si promittetur res sub conditione, Si Titius arbitrabitur; conditio enim stipulationi adiecta, rei promissæ et stipulationis naturam non mutat: sed quandocunque exstiterit, perinde habebitur, ac si sine conditione res esset promissa. *L. si pupillus*, *supr. de cond. inst.*

Ad L.

Ad L. et ideo si. 44.

Paulus lib. XII. ad Sabinum.

Et ideo si omnino non arbitretur, nihil valet stipulatio: adeo ut et si pœna adiecta sit, ne ipsa quidem committatur.

REI impossibilis pœna non debetur. *L. si homo, infr. eod.* fieri autem non potest, ut restituatur res arbitratu Lucii Titii, ubi ille non arbitretur.

Ad L. Quodcunque 45.

Ulpianus. lib. L. ad Sabinum.

Quodcunque stipulatur is qui in alterius potestate est: pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.

DE stipulatione eorum; qui in alterius potestate sunt, sive stipulentur sibi, sive iis quorum sunt in potestate, abunde dictum est suo loco ad §. *alteri, L. stipulatio ista, supr. eod.* ubi et hic locus est expositus.

Ad §. Sicuti cum morietur.

Sicuti cum morietur quis, stipulari potest: ita etiam hi qui subiecti sunt alienæ potestati, cum morientur, stipulari possunt.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio et promissio*, Post mortem suam, *cur olim non valuerit.*
2. *Stipulationem prædictam hodie valere.*
3. *Stipulatio*: Cum moriar, vel cum morieris, dabis, *etiam iure veteri valuit, et cur.*
4. *Filiifam. et servi an ita*, Cum morientur, *stipulari possint.*

1 PLacebat olim post mortem suam dari sibi, neminem stipulari posse. §. *post mortem, Inst. de inut. stip.* sic enim ratiocinabantur veteres: inutilis stipulatio est cum quid ita in stipulatum deducitur, ut dari non possit. *L. si stipulor, supr. eod.* Et quomodo daretur mortuo, idest, ei qui iam amplius non est in rerum natura? Idemque placebat, si quis post mortem suam daturum se promisisset: nam quomodo mortuus daret? *d. §. post mortem.*
2 † Hoc ius Iustiniano displicuit, qui sive quis stipuletur post mortem suam, sive quis post mortem suam promittat, probavit stipulationem valere *L. scrupulosam, C. de cont. et com. stip. et d. §. post mortem, in fin.* sententiam, ut videtur, contrahentium secutus, non verba, ut dixi iam ante ad §. *alteri L. stipulatio ista, supr. eod.* quasi stipulatus sibi post mortem suam non debeat existimari tam stultus, ut stipuletur sibi ipsi, sed quasi stipuletur post mortem suam heredi suo, in cuius persona ipse quodammodo vivere intelligitur: cum ille in defuncti ius et locum succedendo defuncti personam sustineat. Interim veteribus, qui verba stipulationis spectabant, inutiliter isto modo fiebat stipulatio. † At utiliter hoc modo: si quis 3
stipularetur sibi dari, aut promitteret se daturum, cum moreretur, ut colligitur ex *d. §. post mortem*, sed præcipue ex hoc loco. Et recte: sic enim vivo sibi quis stipulabatur, et se vivum promittebat daturum. Hinc *sequentium* §§. dubitationes. Etsi autem superiore differentia sublata quæstiones huius loci sunt inutiles: tamen nihil vetat, postquam locus nobis relictus est, quominus sententiam paucis attingamus. † Ergo hoc iure posito, posse quem- 4
que sibi stipulari, cum morietur; quæsitum est, an etiam hoc modo sibi stipulari possint, qui sunt in aliena potestate, filiifam. et servi. Movet, quod cum hi sibi stipulati sunt, pro eo habetur, ac si ipsi stipulati essent, quorum sunt in potestate, ut

ut initio huius L. traditur. Utputa, stipulatus est servus sibi dari post mortem suam; ipse dominus videtur esse stipulatus, et quidem eadem conditione, cum servus morietur. Nam in conditione in alterius personam collata a persona ipsa non recedimus; sed in huius ipsius persona conditio implenda est. *L. qui heredi*, *supr. de cond. et dem.* At fieri potest, ut moriatur servus post mortem domini: ita fiet, ut videatur saltem hoc casu dominus vi ipsa sibi stipulatus esse post mortem suam: quod fieri ius superius prohibebat, Ulpianus hic definit, quod dicitur posse quemque sibi stipulari, *cum morietur*, etiam ad eos qui alieno iuri subiecti sunt, pertinere. Recte: nihil enim prohibet, quominus moriatur servus vivo domino, ut hactenus videatur dominus stipulatus se vivo. Quod si prius moriatur dominus, sic stipulationem interpretabimur, quasi in hunc casum stipulatus esset servus ei domino, quem tunc habebit vivum, non ei, qui nunc est. Atqui etsi dixerimus servum huic soli, qui nunc est, stipulatum esse; et videri vi ipsa stipulatum domino suo post mortem eius: tamen recte defendetur nihil hoc in proposito nocere: quoniam intelligitur tantum non exprimitur. Quæ adiici prohibentur, ea expressa nocent; non expressa non nocent. *L. si quis Sempronium*, *supra*, *de her. inst. L. nonnunquam*, *supra*, *de cond. et dem.*

Ad. §. Si ita quis stipulatus sit.

Si ita quis stipulatus sit, *Post mortem meam filiæ meæ dari?* vel ita, *post mortem filiæ meæ mihi dari?* utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiæ utilis actio competit, licet heres ei non existat.

SUMMARIA.

1. *Stipulari post mortem suam dari nemo prohibetur, et quatenus.*
2. *Filiæ exemplo cur potius quam cuiusvis extranei in hac stipulatione Ulpianus usus sit, et quid in filia emancipata.*

1 Sic † ius erat olim, ut dixi ut nemo post mortem suam sibi dari, posset stipulari. Ex his verbis conficit Ulpianus, quod est hoc loco; nimirum neminem prohiberi eo iure stipulari post mortem suam dari, dummodo stipuletur alteri dari, non sibi. Ut, si stipuletur pater post mortem suam filiæ suæ dari; multoque minus prohiberi quemqam stipulari, sibi dari post mortem: modo non stipuletur post mortem suam, sed alterius. Ut, si stipuletur idem pater, post mortem filiæ suæ sibi dari. Hæc ex eo quod ius superius ad improbandam stipulationem duo coniunctim exigit et ut stipuletur sibi, et ut post mortem suam: ut unum si desit, nihil sit impedimento stipulationi. Et merito: nam utroque casu stipulator sive stipuletur alii, sive sibi, utrique vivo stipu-
2 lari intelligitur. † Usus est autem in hac re exemplo filiæ potius, quam cuiusvis extranei, ut procederet exemplum, in quo ponit stipulatorem stipulari posse, post mortem suam alteri dari. Nam extraneo alii si stipuletur, nihil agat: filiæ autem utiliter stipulari potest, ut filiæ utilis actio competat, ut hic scribit Ulpianus. Sed an in omnibus caussis filiæ etiam emancipatæ recte hoc modo stipuletur pater? nam hic Ulpianus nihil distinguit. Minime, ut docui ad §. *alteri*, *L. stipulatio ista*, *supr. eod.* Neque alius locus quam hic ipse id magis arguit. Oportet enim aliquid singularis iuris intelligi in filia, quod non sit in filio in hac re, postquam filiæ exemplo utitur, non filii. Nam si pariter filio emancipato, et filiæ quidvis stipulari posset pater: usus esset filii nomine Ulpianus, ex quo de filiabus idem dictum intelligeremus; fœminino autem vocabulo etiam absurdum putatur masculos contineri. *L. si ita sit*, *supra*, *de leg.* 2. Et res ita habet, ut possit pater stipulari dotem reddi filiæ, ut filiæ utilis detur actio. *L. Caius*, *supra de sol. matrim.* Sed quia nuptiarum favore id dicitur fieri: hinc colligimus non idem concedi aliis in caussis. Cur ergo non addidit hoc loco Ulpianus dotis nomine? Quia ad eius institutum hoc loco nihil attinebat; non enim quærebatur, an pater posset stipulari filiæ: sed quo casu potest, an possit ei stipulari post mortem suam. Dubitatio ex iure vetere, quod vetabat quemque post mortem suam stipulari. Et hoc sentit Ulpianus, si nihil aliud obstet, quam quod pater stipulatus est filiæ post mortem suam, nihil esse impedimento stipulationi. Quod sic accipiendum

dum est; dummodo id stipuletur, quod filiæ stipulando, potest ei utilem saltem actionem acquirere. Id quid sit, quia non attingitur hoc loco, etiam in dubio relinqui intelligitur. Proinde ex aliis locis petendum est. Vide plura in hanc sententiam *ad d. §. alteri.*

Ad §. Non solum ita stipulari.

Non solum ita stipulari possumus, *cum morieris*: sed etiam, *si morieris.* Nam sicuti inter hæc nihil interest, *cum veneris*, aut *si veneris*: ita nec ibi interest, *si morieris*, *et cum morieris.*

SUMMARIUM.

1. *Inter stipulationem*, Cum morieris, et Si morieris, *nihil interest.*

UT olim poterat quis stipulari, cum moreretur, ita quivis promittere, cum moreretur, ut supra ostendimus. Hinc quæsitum, possetne quis etiam promittere hac conditione, *si morietur*: quia videretur hæc conditio rem differre post mortem. Ulpianus definiens hoc loco inter ista nihil interesse, *Cum morieris*, et *Si morieris*, aperte vult intelligi id, de quo quæsitum est; quemadmodum recte promittit quis, cum morietur; ita recte promittere, si morietur. Quatenus autem verum sit inter huiusmodi conceptiones nihil interesse, cum morieris, et, si morieris: cum veneris, et, si veneris, dicetur ad *L. seq. §. ult.*

Ad §. Filius patri.

Filius patri dari stipulari videtur, etsi hoc non adiiciat.

SUMMARIUM.

1. *Filiusfam. impersonaliter aut nominatim sibi stipulando, patri stipulari videtur, etsi de patre nihil adiiciat.*

1 QUi quamvis impersonaliter, aut nominatim sibi stipulando alteri obligationem acquirit; is utique re ipsa illi alteri stipulari intelligitur. Talis est filiusfamil. qui infinite, aut nominatim sibi dari quid stipulatur, ex iis, quæ patri acquiri possunt, iuxta distinctionem bonorum traditam *in prin. tit. per quas per. nob. ob. acq. Inst.* Harum enim rerum stipulationem patri acquirit, ut ibidem scriptum est. Recte igitur hic dicitur filius, quod huius generis stipuletur, videri stipulari patri; etsi de patre nihil adiiciat. Quod si patri stipulari videtur, et quod patri stipulatus est, re vera patri acquiritur: consequens est id, quod initio huius L. positum est; quod filius stipuletur, qui in potestate est, pro eo haberi, ac si ipse pater esset stipulatus. Sed. de harum personarum stipulationibus satis dictum est ad §. *alteri.*

Ad L. Centesimis. 46.

Paulus libro XII. ad Sabinum.

Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur: quia præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

SUMMARIA.

1. *De stipulatione in Centesimas Calendas collata quærendi quæ res occasionem dederit, quæque dubitationis caussa.* et n. 3.
2. *Centesimæ Calendæ quæ.*
4. *Stipulatio nulla inutilis ob id, quia res in tempus quamvis longissimum dilata sit.*
5. *Ratio Pauli in hoc responso explicata.*

1 AN centesimis Calendis utiliter stipulemur, quæsitum est; quia in usu esset Romanis in hunc diem et stipulari quid, et legare, ut et de legato usurpatur hic dies

dies ab eodem Paulo in *L. Si dies*, *sup.*
2 *quan. di. leg. ced.* † Centesimas Calendas
eodem modo dici apparet, quo dicuntur
primæ Calendæ, secundæ, tertiæ, quartæ,
quintæ, et ita deinceps usque ad centesi-
mas progrediendo. Constat autem in L.
eum, *qui Calendis*, *supr. eo.* ubi appel-
lantur ab Ulpiano primæ, secundæ, tertiæ
Calendæ, primas dici primi mensis, secun-
das secundi, tertias tertii mensis Calendas.
Nec dubium est, quin idem auctor sibi si-
milis eodem sensu quintas Calendas nomi-
net in *L.* 1. §. *si quis simpliciter*, *supr.*
eod. Erunt igitur et centesimæ, centesimi
3 ab hinc mensis Calendæ. † Etsi autem pro-
babiliter dicitur fœneratores, qui pecunias
credidissent sub usuris centesimis, quia in-
telligerent se post centesimum mensem am-
plius usuras exigere non posse, ut quæ iam
sortem æquassent, ideo in more habuisse
sortem in id tempus sibi stipulari, cum iam
pecunia apud debitorem otiosa futura es-
set, atque inde centesimarum Calendarum
adiectionem primum natam esse: tamen in-
telligendum est etiam fuisse in usu, ut non
minus centesimis Calendis rem aliquam si-
bi dari stipularentur, qui mutuum non de-
dissent, aut qui usuras medii temporis non
essent stipulati. Scimus enim et legatum
centesimis Calendis relinqui solitum fuisse:
d. L. si dies, *quand. di. leg. ce.* ubi tamen
totius intermedii temporis commodum ad
heredem pertinere constat. *L. si ita reli-*
ctum, §. *Pegasus*, *sup. de leg.* 1. Et hoc
nunc intelligi, solum ad dubitationem hu-
ius loci facere reperietur. Quæritur ergo,
ut proposui, an centesimis Calendis dari
utiliter stipulemur, ut Pauli definitio decla-
rat. *Centesimis*, inquit, *Calendis dari uti-*
liter stipulamur. Definitio nimirum ad id
quod in hac re quærebatur, accommoda-
ta: quam etiam ratione adiuncta confirmat.
Et quæ tandem esse potuit, dixerit aliquis,
in proposita specie dubitationis causa, ut
istam sententiam ita ratione munire opor-
teret: cum constet omni stipulationi recte
diem adiici; hanc autem stipulationem, *Ca-*
lendis centesimis, esse in diem? ipse idem
Paulus innuere videtur in *d. L. si dies*,
quan. di. leg. ced. qui ad difficultatem hu-
ius adiectionis significandam, hoc posuit,
quod dies longa sit. Id facit, ut possit vi-
deri prope inutilis esse præstatio, quæ in
tam longum diem differatur. Unde quæstio,
an stipulatio hoc modo concepta, tanquam
quæ non magnum commodum afferat, sit
inutilis. Quæ quæstio tum maxime, imo ve-
ro tunc solum locum habet, cum interme-
dium tempus ab omni usurarum et fru-
ctuum præstatione immune est. Paulus hic
scribit utilem esse stipulationem: † signi- 4
ficans in universum nullam stipulationem
ob id esse inutilem, quia res in tempus
quamvis longissimum dilata sit. † Ratio eius 5
animadvertenda est: *quia*, inquit, *præsens*
obligatio est, *in diem autem dilata solutio.*
Qua significat in summa obligationem esse
ex genere earum, quæ fiunt in diem. Hoc
enim illarum proprium, ut statim debea-
tur, quod promissum est, etsi ante diem
exigi non potest, de quo diximus ad L.
eum, *qui Calendis*, §. *ult.* *supr. eod.* Sed
inepta hæc ratio est, dicet quispiam, ideo
centesimis Calendis utiliter nos stipulari,
quia præsens obligatio sit, in diem autem
dilata solutio. Quasi vero non constet utilem
esse posse, etsi contrahatur sub conditione:
ubi tamen nulla est obligatio præsens; sed
et solutio, et simul obligatio ipsa in ca-
sum, et tempus incertum differtur. Et es-
set sane inepta ratio, si ita eam accipere-
mus, quasi contineret caussam, propter
quam stipulatio est utilis, et sine qua uti-
lis stipulatio non esset. Sed observabimus
argumentum esse potius, sumptum ex eo,
quod convenit maxime utili stipulationi,
etsi non solum; ut sit in eo argumentum
ex comparatione maiorum, hoc modo. Si
sub conditione esset hæc stipulatio; tamen
contraheretur utiliter, etsi præsens obliga-
tio non sit; sed ea, quæ in casum diffe-
ratur; nec obstaret stipulationi, quod quam-
vis longo tempore postea conditio extitis-
set. Multo igitur citius dixerimus eam uti-
liter contrahi, quæ parit præsentem obli-
gationem, etsi forte inde statim pecunia
peti non possit. Talis est autem hæc, cum
stipulamur centesimis Calendis: quæ cum
sit in diem certam, præsentem obligatio-
nem habet: etsi in centesimas Calendas
differtur solutio. Dubitari igitur non de-
bet, quin hoc modo utiliter stipulemur.

Ad §.

Ad §. Id autem, quod in facto.

Id autem quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest: veluti *Cum morieris, Alexandriam venire spondes?*

SUMMARIA.

1. *Stipulatio dandi in mortem promissoris collata olim valuit: secus in stipulatione faciendi.*
2. *Stipulationum dandi et faciendi distinctio a Iustiniano sublata.*
3. *L.* veteris. *et L.* ult. C. de contr. et commit. stip. *ad stipulationem hanc:* Cum morieris, Alexandriam venire spondes? *et ad similia facta non pertinere, et cur.* et n. 6.
4. *Stipulationes omnes, quibus id promittitur, quod natura fieri non concedit, inutiles esse.*
5. *Promittens se Alexandriam venturum, nullo tempore præfinito, licet morte præventus Alexandriam venire non potuerit; stipulatio tamen ad heredes transit.*
7. *Inter stipulationem illam*, Cum morieris, insulam ædificare spondes? *et hanc*, Cum morieris, Alexandriam venire spondes: *quid intersit.*
8. *Summa huius iuris et constitutionum* L. veteris, et L. ult. C. de com. et commit. stip.

1 QUod dicitur, unumquemque utiliter promittere hac conditione, *cum morietur*; ut ius etiam olim fuisse ostendimus ad *L. quodcunque præceden.* §. 1. *et* §. *pen.* de his dictum est a veteribus, quæ dari stipulamur, ut colligi potest ex §. *post mortem, Inst. de inut. stip.* Cæterum si quid in facto esset, placebat sine exceptione frustra promitti, cum promissor moritur: ut testis est Justinianus in *L. ult. C. de cont. et com. stip.* Idque ipsum est, quod hoc loco generaliter definitur, cum negat Paulus id quod in facto est, in tempus mortis conferri posse: mortem promissoris intelligens, ut exemplo declarat; *Veluti*, inquit, *cum morieris, Alexandriam venire spondes?* quod et Iustinianus declarat in
2 *d. L. ult.* † Hæc distinctio stipulationum dandi et faciendi Iustiniano displicuit: et in stipulationibus primum sublata est, in quibus quis se quid daturum aut facturum simpliciter promittit. *L. veteris. C. eod.* Deinde in hac specie, cum promittit se daturum aut facturum, cum moritur: *d. L. ult. C. eod.* ubi proposita hac stipulatione, Cum morieris, insulam ædificare spondes? quam veteribus impossibilem videri proposuerat; non solum de hac constituit, et iubet, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, adversus autem heredes eius transeat, qui factum impleant: sed etiam de genere toto definiens ad extremum ita scribit: Quemadmodum enim si in dando concepta fuerit stipulatio, et contra heredes transmittebatur: ita et si in faciendo est, licet in mortis tempus conferatur, attamen ad similitudinem in dando conceptæ stipulationis et heredes obligari sancimus; ut non
3 discrepet factum a datione. † Ita definitionem huius loci illa constitutione tolli dubitari non potest. Sed an etiam ad exemplum, quod hic proponitur, et similia facta constitutio pertinet? Et puto non pertinere; sed verissime dici, quod multis placet, non posse hoc genus facti, ut promissor Alexandriam veniat, in tempus mortis eius conferri. Denique stipulationem eiusmodi esse inutilem: ut si definitionem huius loci conceptam alioqui verbis generalibus ex sententia superioris constitutionis ad exemplum hic propositum, et similes species placeat revocari, ut posteriores leges ad priores pertinent et contra: *L. non est novum, et 2. seqq. supr. de legib.* nihil possit dici hac definitione verius. † Nempe omnes sti- 4
pulationes iam a principio inutiles esse constat, quibus id promittitur, quod natura fieri non concedit. *L. si stipulor, supr. eod.* Aperte autem talis est hæc, *cum morieris, Alexandriam venire spondes?* ubi hoc natura neque promissor moriens præstare potest, neque eo moriente alius in tam brevi spatio temporis. Inutilis igitur stipulatio sit, necesse est: si tamen a tempore mortis non recedimus, sed volumus, ut per id tempus vel promissor Alexandriam veniat, vel eius nomine alius. Atqui hoc tempus conventione adiectum invito promissore reiici non potest. Per hoc enim certam conditionem accepit stipulatio; quam immutare stipulatori non licet. *L. vero, vers. alia, infr. de solut.* Idque evidentissime declaratur exemplo eius, qui cum esset Romæ, spondet se hodie Carthagini daturum. Nam hanc stipulationem inutilem esse placet, quia sit impossibilis repromissio. §. *loca, Inst. eod. L.* 2. §. *qui ita, supr. de eo quod cer. loc.* Et tamen si ab hodier-

dierno die recesseris, et tantum temporis concedas, intra quod Carthaginem perveniri potest, nihil est impedimento, quominus per rerum naturam recte detur Carthagini. Cur igitur in hac stipulatione impossibilis repromissio et præstatio habetur? nempe quia retinemus diem adiectum propter conventionem et conceptionem stipulationis: hoc vero retento die, intra quem detur, fit præstatio impossibilis; quam hodie Carthagini dari non potest ab eo, qui sit Ro-
5 mæ. † Isto ipso modo et si quis promittat se Alexandriam venturum, nullo præfinito tempore mortis, cum veniet: ita erit stipulatio utilis, ut quamvis morte præventus Alexandriam venire non potuerit: tamen stipulatio transeat adversus heredes, qui et ipsi Alexandriam venire debent, et veniendo stipulationi satisfacient iuxta *d. L. veteris*, *C. eod.* quippe id promisit defunctus, quod fieri potuit natura: cum ita esset conditio rerum, ut aut posset venire ipse, aut eius nomine alius, qui
6 idem præstaret. † At si quis promittat se Alexandriam venturum, et id certo tempore definiat, cum morietur, quod fit in superiore stipulatione; hoc idem in hac evenire necesse est, ut sit præstatio impossibilis: quia si intra id tempus veniendum sit Alexandriam, non possit id fieri per rerum naturam: nunc autem per id tempus veniendum esse dicimus ex conditione obligationis. Non ergo improbamus hanc stipulationem, quia a promissore non impleta ad heredes non transeat, quod fieret contra constitutiones Iustiniani: *d. L. veteris*, *et* L. *ult. C. eod.* sed quia ipsa stipulatio iam a principio sit inutilis: et inutilis ideo, quia natura impossibilis præstatio; idque non minus, quam cum promisit quis se hodie Carthagini daturum, cum esset Romæ. Ad huiusmodi stipulationes constitutiones superiores Iustiniani non pertinent. Neque enim illi propositum est omnes stipulationes tum dandi, tum faciendi, quæ alioqui secundum regulas iuris inutiles sunt, confirmare, ut sic deinde a contrahentibus ad heredes, et adversus heredes eorum transeant: quod esset absurdum. Sed de iis agens, quæ per se utiles sint, tractat, an cum persona finiri debeant; qua in caussa faciendi stipulationes habebantur a veteribus an vero ad heredes transire. Et vult transire nempe ubique hac conditione, si etiam a principio stipulatio constitit in persona contrahentium. Nam si non constitit, puta ea re promissa, quæ per rerum naturam præstari non potest, ut in superioribus exemplis stipulationum fieri probavimus: quomodo transiret stipulatio ad heredes, qui eodem iure uti debent *L. qui in ius*, *infr. de reg. iur.* Si a principio stipulatio non valuit; quomodo tractu temporis in persona heredum convalesceret? *L. quod initio*, *infr. de reg. iur.* Vel potius quomodo videri posset utilis stipulatio in persona heredum, quæ his ipsis esset impossibilis? Nam ne erremus, in hac stipulatione, *Cum morieris*, *Alexandriam venire spondes*? non magis heredes Alexandriam venire possunt, cum promissor moritur, quam aut ipse vivus potuit per id tempus, aut eius nomine alius. Imo vero heredes multo minus; quod enim mortuo promissore fit, non potest dici fieri, cum is moritur: cum is dicatur mori, qui adhuc vivit: *L. ult. supr. de cond. insti.* quod in mortuum cadere non potest. At enim Iustinianus in *d.* L. *ult. C. eod.* nominatim in hac specie, cum quis spopondit se, cum morietur, insulam ædificaturum, ita constituit stipulationem transire ad heredes, ut velit eam valere in persona defuncti, sic deinde adversus illos transmitti. Et sive in persona defuncti valere vult, sive non vult: tamen hoc constat velle eum, ut adversus heredes transmittatur, qui cogantur etiam mortuo promissore ædificare insulam. Et quid interesse videtur ad difficultatem faciendi, utrum quis promittat se insulam ædificaturum cum morietur; an vero se Alexandriam venturum, cum morietur? † Sane vero inter utramque spe- 7
ciem ex sententia et interpretatione Iustiniani multum interest: propterea quod in priore specie ædificare insulam promissor potest cum morietur, aut per se, aut per alium, ut Iustinianus in ea interpretatur ædificare: in posteriore nemo natura venire Alexandriam potest, cum quis moritur, si vel iter unius diei distet ab Alexandria. Quo fit, ut illa valeat, tamquam re promissa, quæ fieri potest; et quia valet, etiam transeat in heredes: hæc contraria de causa sit inutilis, eoque nec teneat heredes promissoris. Eum, qui spondet insulam, cum morietur, ædificare, Iustinianus interpretatur spondere se insulam inchoaturum, cum morietur, quam deinde perficiendam relinquat heredibus: quod et verba patiuntur, et sententiæ contrahentium convenit. In verbo, non tantum dicitur ædificare insulam, qui perficit, sed etiam qui inchoat: et omnino quamdiu opus peragitur, per omne id tempus in usu loquendi ædificari insula dicitur. Sententiæ autem contrahentium convenit, ut hoc verbo de in-

choa-

choanda insula, cum promissor morietur, non de absolvenda sensisse illi existimentur: quia inquit Iustinianus in *d. L. ult. Neque tam stultus est stipulator, ut putet insulam eo tempore cœptam uno momento horæ attolli posse; neque promissor tam imperitus, ut putet se, cum morietur, sufficere ad operis perfectionem.* Porro in re dubia ita stipulationem et mentem contrahentium interpretari debemus, ut videantur id sensisse potius, quo fit, ut stipulatio valeat; quam id quo fit, ut sit inutilis. *L. quoties in stipulationib. infr. eod.* Non eadem interpretatio recipi potest in illa stipulatione, *Cum morieris, Alexandriam venire spondes?* quoniam hæc verba, *venire Alexandriam*, non initium profecionis significant; quod per id tempus, cum promissor moritur, fieri potest: sed significant itineris perfectionem, cum qui proficisci cœperat, eo usque progressus est, ut sicut volebat, Alexandriam veniret. Hoc, ut dixi, neque promissor moriens præstare potest, neque per id tempus cum moritur, alius. Eo fit, ut dum aliud ex verbis accipere non possumus, relinquatur stipulatio impossibilis: quam proinde recte nullius momenti esse dicimus. itaque si quis promisisset ire Alexandriam, cum morietur, aliud probaremus ex constitutione Iustiniani. Hic enim ire dicitur, qui ire incipit, etiam si Alexandriam non
8 veniat. † Huius iuris, et constitutionum Iustiniani hæc summa erit: Si quis simpliciter promittat se quid facturum; quodcunque id erit, transmittetur stipulatio ad heredes, et adversus heredes; non aliter quam si se promisisset daturum. *L. veteris, C. eod.* Hoc ideo, quia omnis huiusmodi stipulatio statim ab initio valet, ea re promissa, quæ potest a promissore præstari: et quia stipulatio valet, hanc vult Iustinianus æque ac si in dando esset, ad heredes pertinere; quasi non minus ab herede fieri possit, quod defunctus promisit se facturum; quam dari ab herede, quod se defunctus promisit daturum. Quod si addiderit quis, *cum moriar*: si quidem se daturum promisit; et hoc citra controversiam omni iure ad heredes transmittitur. Sin promisit se facturum aliquid: etiam hic voluit Iustinianus heredes promissoris obligari. Sed monemus diligenter videndum esse, quid promittatur: nam si promittitur id factum, quod constet inchoatione operis, progressu, et perfectione: placet Iustiniano in *d. L. ult. C. eod.* videri per id tempus quo promissor morietur, promitti inchoationem operis, quod deinde perficiendum tradatur heredibus: ut sic promitti intelligatur, quod fieri potest, sitque hoc modo etiam stipulatio utilis, quando verba stipulationis id ferunt. Quod si quis promiserit non inchoationem alicuius rei, sed nominatim et inchoationem et perfectionem, ut cum promittit se non iturum aliquo, sed venturum: tum stipulatio ad heredes non pertinebit: non quod velimus quidquam de constitutione Iustiniani excipi: sed quod, ut ad heredes stipulatio transeat, prius est, ut ipsa ab initio constiterit: quod non fit, ubi quid promittitur in tempus mortis, quod per id tempus fieri non potest. Idque efficitur etiam verbis constitutionis, non enim simpliciter Iustinianus, si stipulatio in faciendo sit, iubet eam adversus heredes transmitti; sed addit, *ad similitudinem in dando conceptæ stipulationis.* Quibus verbis declarat, quibus in causis stipulatio, quæ in dando sit, non valet, nec transit ad heredes: in his ipsis hoc sentire se, ne stipulatio faciendi valeat, aut ad heredes perveniat. At etiam in stipulationibus dandi hoc accidit, ut si quid intra tam breve spatium promittatur, ut constet per id tempus natura fieri non posse: nec stipulatio valeat, multoque minus transeat ad heredes: ut fit in illa stipulatione, hodie Carthagini dare spondes? Quapropter et in similibus faciendi obligationibus idem admittemus, vel ex ipsa constitutione *L. ult. C. eod.*

Ad §. Si ita stipulatus fuero.

Si ita stipulatus fuero, *cum volueris*: quidam inutilem esse stipulationem aiunt: alii ita inutilem si antequam constituas, moriaris: quod verum est. Illam autem stipulationem: *si volueris, dari?* inutilem esse constat.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*; Si volueris dabis? *inutilis est.*
2. *Stipulatio*, Cum volueris dabis? *an valeat.*
3. *Stipulationes hæ*, Cum volueris, *et*, Si volueris dabis? *in quo conveniant, quo differant.*
4. L. Expressa, de R. I. *declaratio.*

1 HÆc stipulatio citra controversiam est inutilis, *dabis, si volueris?* ut hic diserte scriptum est, de quo genere dixi ad *L. stipulatio non valet.* 17. *sup. eod.*
2 † Consentaneum videbatur et hanc existimari debere inutilem, *dabis, cum volueris?* cum in *L. quodcunque præced.* §. *pen.* constituerimus inter hæc nihil interesse, cum veneris, et si veneris; cum morieris, et si morieris. Et hoc quidam ex veteribus similitudinem hanc per omnia secuti existimarunt. Paulus statuit posteriorem stipulationem esse utilem; non quia non sit sub conditione ut prior illa, Dabis, si volueris? sed quia ita sit sub conditione, ut si conditio extiterit, pecunia debeatur. Si conditio extiterit, inquam: non aliter, ut est lex omnium conditionalium stipulationum. *L. a Titio infr. eod.* Ideo Paulus ita utilem futuram ait, si promissor ante, quam moriatur, constituat se dare velle: sin prius moriatur, quam
3 constituat, inutilem. † Ergo sententia Pauli multum interest inter has conceptiones. *Si volueris*, et, *cum volueris*: quod Ulpianus negat in *L. quodcunque, præced.* Non sunt hæc pugnantia: sed uti res sunt, de quibus agitur, ita vere utrumque dicitur. Si de conditione iniicienda et significanda quæritur, re vera inter istas conceptiones nihil interest: utraque enim pariter conditionem continet. *L. si Titio, supr. quan. di. leg. ced.* Hoc Ulpianus sensit in *d. L. quodcunque* Id ipsum et Paulus hoc loco confirmat, qui ex hac stipulatione, *dabis cnm volueris?* negat quidquam deberi prius, quam velle te ostenderis: idest, prius quam conditio extiterit. Sin agitur de conditione exprimenda; aperte hæ conceptiones differunt: quo et declaratur in *d. L. si Titio.* Nam his verbis, *Si Volueris*, exprimitur ipsa conditio, ac per conditionen significatur tempus, cum illa existet. Illis autem *Cum volueris*, palam est non exprimi conditionem, sed tempus, etsi per tempus significatur conditio. Hinc discrimen iuris hoc loco traditum: nam si his verbis, *cum volueris*, conditio non exprimitur; fit locus regulæ iuris, qua ita traditur, expressa nocent, non expressa non nocent. *L. expressa, infr. de reg. iur.* † Cuius hic 4
est sensus: quæ legato, aut stipulationi lex adiici vetat, ea si exprimantur, nocere: sin non exprimantur, sed tegantur verbis, etsi eandem significationem habeant, non nocere *L. si quis Sempronium*, 68. *supr. de her. instit. L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Hoc ius ad hanc conditionem, *si volueris*, omnino pertinet: hanc enim conditionem stipulationi adiici lex vetat. *L. sub hac, supr. prox. tit.* Ergo iuxta regulam iuris, conditio expressa nocebit; non expressa non nocebit: id quod a Paulo hoc loco traditur.

Ad L. Qui sic stipulatur. 47.

Ulpianus libro L. ad Sabinum.

Qui sic stipulatur: *Quod te mihi illis Kalendis dare oportet, id dare spondes?* videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est Kalendis.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*: Quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes, *quæ verborum conceptione pura est, unde in diem esse probetur.* et n. 4.
2. *Regulam de ambigua stipulatione contra stipulatorem interpretanda ad propositum non pertinere, et quando ea non utamur.* et n. 5.
3. *Novationem in proposita stipulatione nullam fieri.*

1 QUi sic stipulatur, quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes; ut est conceptio verborum, pure, non in diem stipulari videtur. Ut enim in diem sit stipulatio, non satis est diem stipulationi adiici; sed eum adiici oportet, quo pecunia detur, solvatur, quæ pecunia in eam stipulationem deducitur. §. *in diem, Inst. eod.* quod hic non fieri pespicuum est, si quis modo ea quæ verbis expressa sunt, non quæ significantur, consideret. Appellantur enim hic Calendæ certæ: sed quibus demonstretur, quid antea debueris, et quid stipulator nova hac stipulatione sibi dari velit; non autem quibus ex ea stipulatione eandem pecuniam solvas: cum ille sine ulla diei adiectione, quæ quidem verbis expressa sit, stipulatus sit sibi eam pecuniam dari. Placet tamen eum, qui ita stipuletur, ut supra scriptum est, iisdem illis Calendis, quibus ante pecunia illi dari debuit, nunc quoque stipulari videri. Sed probatione est opus: ne-

neque enim hic aperte dies adiicitur, quo pecunia solvatur, ut dixi: ac sine eo die stipulationem in diem esse dicere non licet. Ad hoc vero probandum periculose ex voluntatis coniectura statuetur, utemurque iis regulis iuris, quæ sunt de interpretatione ambiguæ aut obscuræ obligationis traditæ: sed hæ in hac specie aut nos deficient, aut etiam contra nos facere repe-
2 rientur. † Nam si dicetur ideo stipulationem in easdem Calendas dilatam videri, quia in stipulatonibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt: *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. eod.* referemus hoc de ambiguis stipulationibus dictum esse, quæ verbis ut prodesse possunt stipulatori, ita possunt et promissori: ad eas autem, quibus aperte pro stipulatore quid comprehensum est, non pertinere. *L. cum quæritur*, *supr. de reb. dub. L. quidquid*, *infr. eod.* Quæremus igitur, quænam hic sit ambiguitas circa diei adiectionem: cum nihil sit apertius, quam stipulatorem sine die stipulatum esse, sibi dari. Sed demus hic aliquid esse ambigui, aut obscuri propter commemorationem Calendarum præcedentis obligationis: tamen ne sic quidem ea regula nos adiuvabit. Tunc enim ea non utimur, quoties contra stipulatorem interpretando, futurum est, ut stipulatio sit inutilis, ut docuimus ad *d.* §. *in stipulationibus*. Atqui si quod Calendis te dare oportet, creditor a te iisdem Calendis dari stipulatur, ut stipulationem propositam vult accipi Ulpianus; eveniet, ut posterior ista stipulatio nihil egerit: quia nullum commodum creditori afferat, ut ostendimus ad *L. qui bis idem*, *supr.* Proinde in re ambigua id actum interpretari non debemus; sed adversus promissorem convertere interpretationem, quasi et verbis, et sententia contrahentium creditor pure sit stipulatus. In eoque alteram illam regulam servabimus, qua præcipitur, in stipulationibus et omni oratione ambigua id esse accipiendum, quo res sit in tuto, et quo contrahentes aliquid egisse videantur. *L. quoties in stipulationibus*, *infr. eod. L. ubi*, *supr. de reb. dub. L. si quando*, *supr. de leg.* 1. L. 1. *in fi. inf.*
3 *ad muni.* † Nec mihi hic audiendi videntur, qui fatentes stipulationem propositam in easdem Calendas dilatam videri, negant ideo stipulationem fore inutilem, quod dicant ea interposita novationem fieri prioris obligationis: nam unde hæc illis novatio colligitur? An ignoramus, quid apud Iustinianum scriptum sit in §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* nunquam ne veteribus quidem existimatum fuisse novationem fieri, cum ab eadem persona idem stipulamur, nisi quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fideiussor adiiciatur, vel detrahatur? At hic stipulatur creditor ab eodem reo non solum idem, quod illum dare oportet, sed etiam eadem die. Quare si, ut dixi, in hoc responso nihil aliud quærimus, quam voluntatis coniecturam ex regulis iuris de huius interpretatione traditis, non facile in eo reprehensionem effugiemus. † Quid ergo est? et non longius re- 4
sponsi ratio petenda est, quam ex ipsis verbis stipulationis: hæc vero abunde hoc continent, quod Ulpianus videri respondit. Stipulatur creditor, *quod te mihi Calendis illis dare oportet.* His verbis non addidit quidem Calendas, quibus dari stipuletur: sed stipulatur rem, quæ ante illas Calendas esse non potest: hoc vero tantumdem valet. Quoties enim stipulamur rem, quæ ante certum tempus esse non potest, toties ex re ipsa dilationem capit stipulatio, et id tempus stipulationi inesse intelligitur, cum res promissa per rerum naturam præstari potest: veluti, cum id quod in utero est, aut fructus futuros stipulamur. *L. interdum*, *infr. eod.* Non dubium autem, quin huius generis rem significent hæc verba, *quod de dare oportet*, cum id quod debes, debes in diem, puta Calendis Ianuariis. Id enim te dare oportet, quod iam nunc oportet, idest, quod a te peti potest. *L. si stipulatus*, 76. *in fin. L. si a colono*, *L. cum stipulamur*, 125. *infr. eod.* non potest autem, quod in diem debetur, ante peti, quam is dies venerit. Ita fit, ut in eo, quod Calendis debes, ante eam diem non sit, quod possit dici te dare oportere: sed tunc solum, cum Calendæ venerint. Quod si ante non est, quod promittitur, ac proinde natura id tempus exspectandum est, cum esse incipiat: satis natura rei promissæ hoc ipsum tempus stipulatione comprehensum intelligitur. *d. L. interdum*, Adeoque inest in tempus his verbis, *quod te dare oportet*: ut si creditor, cui Calendis debetur, stipulatus sit simpliciter dari, *quod te dare oportet*, nec adiecerit *Calendis*, ut diceret, quod te Calendis dare oportet; atque ita nulla penitus mentio Calendarum in stipulatione facta sit: tamen idem iuris esse existimari debeat, ut non hodie, sed solum Calendis stipulatus videare: scilicet quia non magis hoc casu verum est te ante Calendas dare oportere, quam superiore. Quo de vi et potestate verborum constituto, non solum ratio responsi erit expe-

pedita circa diei adiectionem, de qua ambigitur: † sed etiam erit paratum, quod
5 respondeamus, si quis obiiciat, quod alioqui ad interpretationem ambiguæ stipulationis confugientibus facile dilui non potest. Id autem est; in stipulationibus si ambigua oratio est, comodissimum esse id accipi, quo res de qua agitur, in tuto sit. *L. quoties in stipulationibus, infr. eod.* In proposito autem contra fieri, si in hac stipulatione interpretemur creditorem, quod sibi debebatur, eadem die esse stipulatum, quia prius debebatur: ubi posterior stipulatio, quæ de eadem re est, et nullum fructum affert, nullius est momenti *d. L. qui his, supr. eod.* Respondebimus nimirum recte hæc dici in ambigua oratione; nihil autem hic esse ambiguum aut obscurum de Calendis adiectis: sed has verbis stipulationis satis esse comprehensas hoc ipso, quod creditor stipulatur quod te dare oportet, cum illis solum Calendis te dare oporteret.

Ad L. Si decem cum petiero. 48.

Ulpianus lib. XXVI. ad Edictum.

Si decem *cum petiero*, dari fuero stipulatus: admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio: et ideo licet decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*, Cum petiero dabis? *an conditionalis.* et n. 3. 6.
2. *In conditionibus stipulationum voluntas contrahentium maxime spectanda: ut et in conditionibus testamentorum voluntas testatoris.*
4. *Stipulatio hæc*, Cum petiero dabis, *pura est et ad heredes transit.*
5. *Conditio omnis, sive in faciendo sive in dando sit, in personam certam collata eam non egreditur.*
7. *Conditio illa*, Si Tutor satisdederit; *in tutore dando a Magistratu adscripta, diversa omnino ab ea, quæ stipulationi huic inferitur*: Si petiero dabis.

1 Diximus et ad *L. quodcunque, §. non solum, et ad L. centesimis, §. ult. supra eod.* idque illis locis ita traditum est, huiusmodi conceptiones, Cum veneris, cum morieris, cum volueris, conditionem in se habere, Si veneris, si morieris, si volueris. Si nobis constare vellemus, convenire videbatur, ut hanc quoque conditionem habere diceremus, *cum petiero*: ut in hac stipulatione, *decem cum petiero, dabis?* ut in hoc legato, fundum cum ille a te petierit, ei des, restituas: et conveniebat omnino, si verba tantum sequeremur: nam hæc illis omni ex parte similis conceptio
2 est. † Sed ut in omni alia parte stipulationis: sic in hac maxime, in qua de conditionibus agitur, id quod actum est, idest, voluntas contrahentium spectanda est; ut et in conditionibus testamentorum voluntas testatoris. *L. semper in stipulationibus, infra, de regul. iur. L. in conditionibus, supr.*
3 *de cond. et dem.* † Hoc secuti veteres hanc speciem, *cum petiero*, ex omnibus similibus exceperunt, negaruntque constanter in ea conditionem inesse: in [1] stipulationibus quidem hoc loco, et *L. si ita quis*, 135. *infr. eod.* in legatis autem in *L. Titia heredis, supr. de cond. et dem.* scilicet quia, inquit hoc loco Ulpianus, *admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio.* An his verbis a creditore adiectis id agatur, ut admoneatur debitor de pecunia reddenda, quo celerius reddat, et sine mora, non indiget probatione. Verba enim satis ostendunt: cum ita fiat, ut pecunia reddatur sine mora, si ubi primum stipulator petierit, reddatur. Atqui hoc posito consequens est non inesse in his verbis conditionem: non enim tantum non convenit hic finis conditioni; sed etiam plane conditioni est contrarius. Adiiciuntur hæc verba, *cum petiero*, ne res differatur creditori: conditio vero

1) Covar. *pract. QQ. C.* 39. *n.* 6. non negare IC. conditionem subesse, quamvis non principaliter, quia ait, dum subdit non defecisse conditionem, innuit eam adfuisse, quæ non deficit, licet nec exstiterit, quia diversa sunt exsistere, et non deficere *L.* 17. *§. pen. ad Treb.*

ro omnis adiicitur rei differendæ causa, §. *sub conditione*, *Instit. eod.* Ex mente igitur et sententia contrahentium hic conditionem esse negabimus: etsi maxime figura orationis conditionem præ se ferat. Simile quiddam constitui et circa diem licet animadvertere. Dicimus enim et die adiecto differri petitionem: itaque et eam dilationem diei inesse, §. *in diem*, *Instit. eod. L. eum*, *qui Calendis*, §. *ult. supra*, *eod.* At hoc sic acceptum est: nisi appareret diem adiectum esse, non differendæ solutionis causa; sed aut repræsentandæ, aut multiplicandæ obligationis gratia. Ut fit, cum stipulamur, hodie nobis dari: aut cum stipulamur dari decem singulis annis: de quibus plura diximus ad *d. L. eum*, *qui Calendis*, §. *ult. supr.* Si in his verbis, *cum petiero*, non est conditio: recte infert Ulpianus, licet prius decesserit creditor, quam peteret; non videri defecisse conditionem, non enim potest deficere, quæ nul-
4 la est. † Significat autem puram esse obligationem, et quamvis stipulator ante decesserit, quam peteret; non eo minus obligationem transire ad heredes: qui quod a defuncto petitum non est, non minus suo iure queant petere: non enim esse metuendum, ne illis obstet conditio, quæ non defecit, vel quæ potius nulla est. Quid si hæc verba, Cum petiero, haberent conditionem? consequens esset nimirum stipulatore prius, quam peteret, mortuo, heredibus nihil deberi, quia conditio personæ iniuncta defecisset: ut in legato hac conditione relicto, Si legatarius voluerit, diserte scriptum est in *L. si ita expressum*, *supr. de cond. et dem.* Idque ipsum aperte Ulpianus hoc loco significat: qui, quod dicit stipulationem transire ad heredes, ex eo colligit, quod prius stipulationem conditionem habere negavisset. Ipsæ quidem faciendi stipulationes ad heredes transeunt constitutione Iustiniani, ut non minus factum in stipulationem deductum implere possint heredes, quam defunctus: nec minus impleri heredibus, quam defuncto. *L.*
5 *veteris*, *C. de cont. et com. stip.* † At conditio omnis in personam certam collata, personam non egreditur; ac nisi in persona eius impleta sit, in faciendo, sed etiam si in dando. *L. qui heredi. d. L. si ita*
6 *expressum*, *supr. de cond. et dem.* † Et certe absurdum est, si quis in hac stipulatione, *decem si petiero*, *dabis*, fingat conditionem inesse, et aut conditione non impleta quidquam deberi velit vel ipsi stipulatori, vel eius heredibus: aut velit conditionem ab heredibus impleri posse. Prius natura conditionis et ius certum repudiat. §. *sub conditione*, *Inst. eod. L. cedere*, *infr. de verb. sign.* Conditionem autem implere quomodo in proposito heredes possunt? petent illi, inquies, quod defunctus potuit. At hoc non est implere conditionem: quamtumvis enim petant; semper tamen verum erit, stipulatorem non petiisset. Atqui hoc in conditione positum erat, si stipulator petiisset, non si heredes. De quo iterum dicendum erit ad §. *Agerius. L. qui Romæ*, *infr.*
eod. † Ad hoc infirmandum quid valeat 7
exemplum *L. muto*, §. 1. *supr. de tutel.* non animadverto; quo tamen ad eam rem quidam utuntur. Illic ita scriptum est, hanc adiectionem, quam Præsides provinciarum faciunt, *Tutorem do*, *si satisdederit*, non conditionem in se habere, sed admonitionem: non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit. Et quid habent, quæso, simile inter se conditio illa, *si tutor satisdederit*, in tutore dando a Magistratu adscripta, et hæc conditio, *si petiero*, in hac stipulatione, *decem si petiero*, *dabis*? Illa adiectio *si tutor satisdederit*, conditionem in tutoris datione non habet, quia frustra adiicitur duabus de caussis: Primum quia tutor a Magistratu sub conditione dari non potest. *d. L. muto*, §. 1. Deinde quia conditio est, quæ etsi non adiiceretur, inesset tamen: nam aliter non committitur tutori administratio, quam si satisdederit. *L.* 3. *et tot. tit. C. de tut. et cur. qui sat. non ded.* Quæ conditiones extrinsecus tacite insunt, si adiiciantur, supervacaneæ sunt; eoque pro adiectis non habentur, nec stipulationes aut legata reddunt conditionalia. *L. Cornelius*, *supr. de her. inst. L. conditiones quæ*, *supr. de cond. et dem.* In hac conditione, *si petiero*, cum stipulationi adiicitur, diversa omnia. Non ut tutoris dationi conditio adiici non potest; ita non potest stipulationi. Hæc ut cætera omnia, ita diem et conditionem ex consensu contrahentium recipit. §. *omnis*, *Inst. eod.* Atque ut a contrahentibus iure adiici potest; ita si videtur contrahentibus eam adiicere, non est supervacua: ut quæ non adiecta nequaquam inesset stipulationi. Nam si pure decem sim stipulatus, statim ea debes sive petam, sive non petam. Quid mirum, si conditione et verbis et ratione tam dissimili atque adeo contraria, contrarium quoque ius statuimus? Imo vero conditionis superioris argumento ita hic constitui oportuit, ut diximus. Omnique in hac conditione, *si petiero*, id ac-

accidit, quod in illa, *si voluero*. Etsi enim quod mihi legatum est, nunquam petam, nisi velim: tamen si ita relictum sit, *si voluero*, ea adiectio conditionem habet, ac nisi constituam ipse me velle, nihil debebitur nec mihi, nec heredibus. *d. L. si ita expressum, supr. de cond. et dem.* scilicet, quia hac conditione detracta, *si voluero*, legatum meum fieret statim, etiam priusquam quidquam de eo constituissem; si modo id quandoque postea non repudiaretur. *L. cum pater. §. surdo, supr. de leg. 2. L. si partem, in fin. supr. quem ser. amit. L. si tibi homo, §. cum servus, supr. de leg. 1.*

Ad L. Cum filiusfamilias. 49.

Paulus libro XXXVII. ad Edictum.

Cum filiusfamilias Stichum dare spoponderit, et cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus: datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius: sed utilis actio in patrem danda est: quæ omnia et in fideiussoris persona dicuntur.

SUMMARIA.

1. *Regula de periculo rei debitæ amissæ.*
2. *Debitorum plurium, qui eandem rem debent, uno moram faciente, altero non faciente, an re debita amissa, qui moram fecit teneatur, qui non fecit liberetur; an vero unius factum ad alterum etiam pertineat.*
3. *Debitorum, qui alterius nomine obligati sunt, duo genera.*
4. *Principalis debitor si moram fecit, post, re perempta, perpetuo tenetur: si non fecit, ita liberatur, ut nullius factum aut mora ei noceat.*
5. *In fideiussore aliisque accessionibus aliud summi iuris, aliud æquitatis ratio exigit.*
6. *Ex fideiussoris facto aut mora ipse fideiussor sine exceptione, non reus principalis tenetur.*
7. §. ult. L. Mora, supr. de usur. *explicatur.*
8. *Fideiussor cur ex facto suo principali obligatione extincta teneatur, et qua actione.*
9. *Antinomia Pauli et Papiniani conciliata.*
10. *Fideiussor, qui moram non fecit, duobus tantum casibus interitu rei liberatur.*
11. *Principalis debitor moram faciendo perpetuat obligationem non tantum sibi, sed etiam accessionibus suis.*
12. *Cur diversum in liberatione fideiussoris et rei.*

1 QUod traditur in *L. si ex Legati, supra*, re debita amissa, si quidem postquam per debitorem factum sit, quominus daret, debitorem perpetuo teneri; si ante, liberari; an in pluribus qui eandem rem debent, perpetuum sit, tracta-
2 tum est. † Quæritur enim uno ex his moram faciente, altero non faciente, utrum in singulis superiorem regulam servemus; ut qui moram fecit, iuxta regulam teneatur; qui non fecit, liberetur. An vero unius factum ad alterum etiam pertineat, ut vel unius mora alteri noceat, atque hoc modo ambo teneantur, vel contra unius fides alteri prosit, ut sic pariter ambo liberentur: de quo et hoc loco, et aliis quibusdam tum hoc titulo, tum alibi sparsim constituitur. Idcirco de eorum sententia coniunctim dicendum est; ut quo illi referri debeant, et simul quid sit id, de quo quæritur, intelligatur. Et refert, utrum de principali reo agatur, an de accessionibus: sic enim ex debitoribus vocamus eos, qui alterius nomine obligati sunt. *L. si servum, §. nunc videamus, infr. eod. L. in omnibus speciebus, infr. de solu.* † Quorum duo sunt genera. Unum 3
eorum, qui se ipsi sua voluntate pro alio obligarunt: quo in genere sunt fideiussores, mandatores, et pecuniæ constitutæ rei. *L. ult. C. de const. pec.* Alterum eorum, quos ius obstringit pro aliis: qualis est pater ex contractu filiifamil. hic enim ex contractu suo tenetur in solidum et suo nomine, itaque principalis est debitor. Accedit pater, qui ex eadem caussa tenetur iure filii nomine de peculio. *L. qui cum filiofam. supr. de pecul.* quæ caussa est, cur his locis non tantum agatur de reo, et fideiussore, sed etiam de filiofamil. et patre, qui filii nomine de peculio tenetur.
† Si de principali debitore agitur, idest, 4
eo, qui tenetur suo nomine: quando obligatio ab eo nascitur, eius propria est, et ob id ex persona eius æstimanda, non aliunde; eo fit, ut in eo superior definitio sine exceptione valeat in utramque partem, ut pote nullius alterius facto impedita: ut si moram fe-

fecit, nihil illi prosit alterius factum, quominus re perempta teneatur, qui teneretur, si solus debitor fuisset: si non fecit, ita liberetur continuo, ut nullius factum aut mora ei noceat, quo magis id debeat, quod si solus esset, non esset debiturus: ut vere dicturi simus superiorem definitionem proprie ad principales debitores pertinere. Propone ergo reum principalem moram fecisse, ac deinde rem debitam periisse. Placet eum omnimodo teneri: tantumque abest, ut si fideiussor moram in ea re solvenda non fecerit, id reo patrocinari debeat, ne teneatur, ut ne fideiussori quidem ipsi quidquam prosit: cum placeat rei moram etiam fideiussori nocere; idest, reum mora facta ita teneri, ut fideiussorem quoque in eandem obligationem secum trahat. *L. mora*, *inf. eod.* idemque de cæteris accessionibus dictum est in *L. si servum*, *§. nunc videamus*, *infr. eod.* Finge e converso eum moram non fecisse: sic deinde rem amissam. Placet eum iuxta regulam sine exceptione liberari; idest, ita, ut etsi forte fideiussor de ea re danda interpellatus moram fecerit, tamen mora eius reo non noceat. Nam nec si duo rei promittendi essent, alterius mora alteri noceret. *L. mora*, *§. ult. supr. de usur.* Quippe ex fideiussoris aut alterius debitoris facto vel obligatione non pendet, quod reus principalis debeat; idque in persona patris et filii diserte hoc loco traditum est: cum negat Paulus filium teneri, si pater conventus, ut Stichum, quem filius promiserat, daret, in mora fuit, et postea decessit Stichus. Adeoque verum est fideiussoris, aliarumque accessionum, atque adeo aliorum debitorum moram reo principali, qui ipse moram non fecerit, non nocere, ut quamvis fideiussor non dico moram fecerit tantum, sed data opera Stichum promissum occiderit; statim promissor eo facto liberetur. *L. mora*, *in fin. infr. eod.* nempe secundum regulam: quia res prius periit, quam per eum staret, quominus daret. Nec beneficium iuris, quod nec cessantibus tributum est, cuiusquam facto, ex cuius persona non pendeat, reo

5 potest auferri. † Alia caussa est accessionum: puta, fideiussoris in re, cuius nomine pro reo intercessit: patris in re a filio eius promissa, cuius nomine de peculio teneatur. Et quidem hi quia principali obligationi accedunt, ex qua et pendent: ideo nullo suo iure proprio uti videntur; sed eius tantum, pro quo obligantur, ut fit in accessionibus. Ac si summi iuris rationem sequimur, fieri aliter non potest, quin reo moram faciente teneatur et fideiussor, quamvis ipse nihil fecerit. Contraque reo moram non faciente quin liberetur simul et fideiussor, quamvis ipse non dico moratus sit tantum, sed etiam hominem promissum occiderit, ut paulo post patebit. Quod si ita est, absoluta et de his, atque admodum expedita ratio est, etsi superiori contraria: ut statuamus eos, quatenus aliud quam reus principalis, fecerint, a regula superiore de interitu rei debitæ penitus recessisse: vel verius, regulam ad eos non pertinere. In summa autem quatenus teneantur, aut non teneantur, non ex ipsorum facto, sed ex rei principalis persona æstimandum esse. Itaque teneri eos, aut liberari, prout rei principalis obligatio aut liberatio præcesserit. Atque hæc, inquam, ratio summi iuris exigit propter naturam accessionis; sed æquitatis ratione non per omnia probata sunt. Quin et in accessionibus quoque ipsis æquitas superioris regulæ interdum servatur, ut nec mora rei fideiussori non cessanti semper noceat: nec rei liberatio fideiussorem frustrantem adiuvet; quod quatenus receptum sit, videamus. † Et in eo fideiussore (quod 6
de fideiussore dico, idem volo intelligi de cæteris accessionibus) in eo, inquam, fideiussore, per quem factum est, quominus daret, absolutum est, hunc iuxta regulam teneri, et quidem sine ulla exceptione; non enim tantum ita tenetur, si et reus ipse moram fecerit (quo tempore duplici nomine fideiussorem teneri oportet; et suo, quia moram fecit; et debitoris nomine, quia huius mora fideiussori quoque nocet, de quo postea) sed etiam tenetur, etsi reus in mora non fuerit, sed ipse solus. Quo casu et reus per quem factum non est, quominus daret, liberatur iuxta regulam; et fideiussorem, per quem factum est, ex eadem regula teneri placet. Hoc de fideiussore qui hominem promissum occidit, scriptum est in *L. mora in fin. infr. eod.* sed valet nihilominus in eo, qui tantum moram fecit: quod hoc loco declaratur in persona patris, qui in Sticho dando, quem filius promiserat, moram fecit, postquam decessit Stichus. Nam hic et filium, reum principalem teneri negat Paulus, et in patrem utilem actionem dandam esse ait; et nominatim hæc omnia in fideiussoris persona dici subiicit. Sed non tenetur hoc casu fideiussor summo iure, ut supra dixi: quia secundum naturam accessionis hoc sit, ut obligatione et causa principali sublata liberentur et tollantur accessiones. *L. in omnibus speciebus*, *infr. de sol. L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Quod et in

hac

hac specie de fideiussore nominatim scriptum est in *L. fideiussor*, *supr. de dol.* ex quo sensu in *L. mora*, *in fin. supr.*
7 *de usur.* absolute scriptum legimus, † si fideiussor solus moram fecerit, eum non teneri, sicuti si Stichum promissum occiderit: nam hoc ita dictum esse, ut intelligatur ipso iure non teneri; sequentia evidenter ostendunt: subiiciuntur enim hæc verba; sed utilis actio in hunc dabitur. Non tenetur ergo fideiussor his casibus ipso iure: sed tenetur ex legis sententia, quia etsi principalis obligatio sublata sit; tamen accessoriam obligationem adversus fideiussorem retineri his casibus æquum est. L. *si libertus moram*, *supr. de op. lib.* Hinc utilis actio adversus fideiussorem in hac re, non directa, *d.* L. *mora*, *in fi. de usur.*
8 *et hoc loco.* † Retinendæ autem hoc casu fideiussoriæ obligationis æquitas hæc est, quam Paulus ostendit in L. *si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. eod.* quod non conveniat fideiussorem facto suo tollere suam obligationem. Recte: nam si dolo fecit, quominus daret; iniquissimum est eum ex suo delicto meliorem conditionem suam facere. L. *non fraudantur*, §. *nemo*, *infr. de reg. iur.* L. 1. *supr. de dol.* Sin culpa, tamen æquum est, quod regula iuris traditur, factum cuique suum nocere, non adversario. L. *factum*, *infr. de reg. iur.* ut in universum verum sit illud, valeatque in omnibus etiam accessionibus, quod dicitur, unicuique suam moram nocere L. *in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Et teneri quidem hoc casu fideiussorem inter omnes veteres convenit: sed qua actione, potest dubitari, utrum ex stipulatu utili, an de dolo: nam aliud atque aliud de eo traditum videtur. Et hic fideiussorem ex stipulatu conveniri posse a Paulo scriptum est diserte in *d.* L. *mora*, *in fi. infr. eod.* quæ et Papiniani sententia est in L. *Stichum*, 1. *res. in fin. infr. de sol.* ubi actionem ex stipulatu non directam, sed utilem intelligi debere ex hoc loco, qui eiusdem Pauli est, plane constat, itemque
9 ex *d.* L. *mora*, *in fin. de usur.* † Sed videtur repugnare L. *si fideiussor*, *supr. de dol.* ubi idem Papinianus in hac ipsa quæstione refert Neratium Priscum et Iulianum respondisse adversus fideiussorem de dolo actionem reddi. Nec quidquam adiicitur, quo significetur. Papinianum eam sententiam non probare. Quinimo cum eorum sententia utatur; neque id solum, sed etiam rationem adiiciat, qua fiat, ut obligatio fideiussoria per consequentiam tollatur: utrumque argumento est ab eo illam sententiam ut veram, et quam ipse quoque sequatur, referri. Quod si verum est: utilis actio tollitur: quandiu enim alia actio est, de dolo non datur. *L. 1. in prin. et* §. *ait*, *supr. de dol.* Et ita esse putaremus, nisi de sententia Papiniani ex aliis locis in Pandectas relatis aliud nobis constaret: quod cum fiat, quæstio tollitur. Refert ergo, ut dixi, Papinianus veterum illorum sententias in *d. L. si fideiussor*, sed refert tantum, non probat. Neque hoc cum dicimus, divinamus. Is enim in *d. L. Stichum*, 1. *res. ver. sane*, *infr. de sol.* in hac specie actionem de dolo aperte removens fideiussorem ex stipulatu actione teneri nominatim scribit. Hucusque igitur regula iuris de periculo rei debitæ amissæ servatur plane et in accessionibus, ut in fideiussore, cum is prius moram fecit, aut hominem promissum occidit: postquam placet eum hoc casu omnimodo teneri, sive reus quoque in mora fuerit, sive non fuerit. Est etiam cum servetur eadem regula in fideiussore in alteram quoque partem, idest, et tunc, cum res sine mora eius periit: hic enim conveniebat regulæ, ut qui moram non fecit, is interitu rei liberaretur. † Id vero et in 10
hoc fideiussore receptum est: verum non passim, et indistincte, ut supra placebat moram fideiussoris eum semper obligare: sed duobus tantum casibus, uno, si ambo et reus et fideiussor moram non fecerint (quod tamen neque dubitationem habet ullam, neque ad id de quo quærimus satis pertinet. Agimus enim de duobus, quorum unus moram fecit, alter non fecit; quærimusque, utrum unius factum alteri prosit, aut contra noceat) Alter casus est, et is solus, qui ad rem facit, si reus quidem moram fecerit, ut sit cur eius mora fideiussori noceat; verum fideiussor non contentus in moram non incidere, etiam illud caverit, ut rem debitam creditori ultro offerret, quam ille sine iusta caussa accipere recusavit. Hic enim placuit re postea amissa fideiussori succurrendum esse: ut est in *d.* L. *mora infr. eod.* quo verbo utuntur iuris auctores, cum significare volunt aliquid communi et mero iure non tribui; sed extra ordinem auxilio et beneficio Prætoris ex æquo et bono. *L. in caussæ*, 1. iuncta. *L. in caussæ*, 2. *supr. de minor.* Quod et in hac caussa accidit. Reo enim, qui moram fecit, obligatio non potest iure, quin et fideiussor ex stipulatione simul obligetur, de quo mox plura. Sed quod Marcellus in una specie dixit in *L. qui decem*, *infr. de sol.* id pe-

pertinet ad omnes, non esse æquum teneri pecunia amissa eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset: hinc doli exceptio, cuius ope adversus intentionem alioqui Iure Civili comparatam fideiussor defendetur. *d. L. qui decem*, Proinde et illud consequetur, ne periculum rei amissæ ad ipsum, qui in mora non fuit, pertineat. Sed hæc defensio non tam ex eo est, quod fideiussor moram non fecit, aut etiam rem debitam obtulit, quam quod in hac oblatione creditor non accipiendo moram fecit: quam æquum est ipsi nocere iuxta regulam iuris, Unicuique sua mora nocet. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur. L. illud*, *sup. de per. et com. rei vend.* Cæterum ubi hac oblatione sibi non prospexit fideiussor, itaque nulla mora est, quæ creditori obiici possit: iam hic locus est, in quo non servatur idem in fideiussore, reliquisque accessionibus de interitu rei debitæ, quod in reis principalibus, quodque in universum traditur in *d. L. si ex legati*, *supr.* Non enim fideiussor qui moram non fecit, liberatur
11 iuxta regulam; † sed reo principali moram faciente, huius moram fideiussori quoque nocere placet: Ut sic re postea perempta una cum reo qui moram fecit, teneatur et fideiussor, quamvis ipse in mora non fuerit. *d. L. mora*, *infr. eod. L. si quis solutioni*, §. 1. *supr. de usur.* Quod ius ut intelligatur ad omnes accessiones pertinere, idem et de patre hic scriptum est in ea re, quam filius eius ex contractu debuit, ac cum per eum staret, quominus daret, res amissa est. Idque est etiam, quod veteres dixerunt, principalem debitorem moram faciendo perpetuare obligationem non tantum sibi, sed etiam accessionibus suis. *L. si servum*, §. *nunc videamus*,
12 *infr. de ver. ob.* † Sed cur secundum regulam non liberatur fideiussor, qui moram non fecit, itidem ut liberaretur reus, qui moram non fecisset? Obstat conventio. Fideiussor enim, inquit Paulus, in totam caussam spopondit. *d. L. servum*, §. *nunc videamus*, *in fin. infra*, id est, spopondit, quidquid reum ex ea caussa, cui accessit, præstare oporteret; et ut forte nominatim idem corpus fideiussor spoponderit: tamen hoc idem valet. Cum enim post moram promissoris homo decessit, perinde tenetur, ac si homo viveret. *L. nemo*, §. 1. *infr. eod.* Quod autem ad reum principalem attinet, si is re ante moram eius amissa non tenetur; non mirum. Nam suo nomine teneri non potest, qui in mora non fuit: alterius autem nomine, qui ipse moram fecerit, ideo non tenetur, quia pro eo se non obligavit. At enim non debet factum alterius nocere ei, qui ipse nihil fecit. L. *de pupillo*, §. *si plurium*, *supr. de op. no. nunc.* Hoc ita verum est, nisi se pro altero obnoxium fecerit: nam et alias traditur neminem ex alieno contractu aut obligatione conveniri posse; sed ubique cum hac exceptione, nisi fidem suam in eam caussam obstrinxerit. L. *pen. C. ne ux. pro mar.* L. 1. *C. ne fil. pro pat.* quanquam dici potest, postquam fideiussor fidem suam obstrinxit, non tam videri eum facto alieno obligari, quam suo. Sed cum naturalis et civilis ratio suadeat alienam conditionem meliorem facere nos posse; deteriorem non posse, ut est in L. *solvendo*, *supr. de neg. gest.* an non videtur præpostere constitui, ut rei principalis factum, nempe mora, fideiussori noceat: si quod sit autem factum, quod illum liberet, id fideiussori non prosit? Constitueretur et præpostere et inique, si in universum constitueretur, quod longe aliter se habet. Nam in contrariam partem sic potius iuris ratio est, ut non tantum in omnibus liberationibus obligationum liberentur et accessiones: L. *in omnibus specieb. infr. de sol.* sed etiam quæcunque sunt exceptiones, quæcunque defensiones rei cohærentes, quæ reo tribuuntur, eædem et fideiussori competant et prosint L. *exceptiones quæ*, *supr. de except.* Sed nimirum hoc tandiu fieri æquum est, quoad fideiussoris delictum id fieri non prohibebit. Prohibet autem in hac specie, cum fideiussor aut moram fecit, aut animal promissum occidit: ubi indignum plane est eum facto suo et delicto consequi liberationem, ut supra ostendi.

Ad §. Si stipulatus sim per te.

Si stipulatus sim per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat, et fideiussorem accepero: si per fideiussorem steterit, neuter tenetur: si per promissorem, uterque.

SUMMARIA.

1. *Fideiussor in stipulatione, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, quomodo utiliter accipiatur.*
2. *Promissoris factum, si per eum stet, quo minus stipulatori ire agere liceat, utrique et promissori ipsi, et fideiussori nocet.*
3. *Fideiussoris facto per quem stetit quo minus stipulatori ire agere liceret, promissor non tenetur.*
4. *Fideiussor, qui stipulatorem ire agere prohibuit, an ex suo facto teneatur.*
5. *Fideiussor in proposito stipulatorem prohibendo moram non facit.*
6. *Mora et factum fideiussoris quatenus ipsi fideiussori nocere dicatur.*

1 STipulatus quis est per promissorem non fieri, quominus sibi ire agere liceret, et fideiussorem accepit. Fideiussorem utiliter acceptum intelligere debemus. Sic autem utiliter accipitur, non si promittat itidem per se non fieri, quominus stipulatori ire agere liceat: sic enim aliud promitteret, quam reus principalis, quo modo fideiussor obligari non potest. *L. græce*, §. *si quis Stichum*, *infr. de fideius.* Neque rursum si promittat per promissorem non futurum, quominus stipulanti ire agere liceat. Sic enim factum alienum inutiliter promittitur etiam a fideiussore. *L. sicut*, *infr. de fideius.* Sed si pro reo fideiubeat simpliciter, aut nominatim spondeat, quod promissorem ex ea caussa de qua agitur, dare oportet, si contra quam cautum est, fecerit: sic enim in eandem caussam, eandemque conditionem accipitur, quod recte fit. *d. L. græce*, §. *si quis Stichum.* Hoc autem recte intelligi non parum ad rationem huius responsi explicandam conducit. Si unus ex debitoribus his, id est, vel reus, vel fideiussor fecerit, quominus stipulatori ire agere liceret: quæritur, an committatur stipulatio, et qui eo facto teneantur. Paulus in hac quæstione multum referre ostendit, utrum per fideiussorem stet, an per promissorem. *Si per fideiussorem*, *neuter tenetur*, inquit: *si per promissorem*, *uterque.* Nihil certius: et ut ab eo, quod est notius, et prius in hac quæstione, id est, a promissore ordiar. Quod dicit, si per hunc steterit, quominus stipulatori ire agere liceret, utrunque teneri, expeditum est, et superioribus iis, quæ initio capitis de mora et facto promissoris diximus, plane convenit.
2 † Ipsum promissorem hoc facto teneri, ut qui contra quem cautum est fecerit, notum est ex *L.* 2. §. *item si in facto*, *L. stipulatio ista*, *supr. eod.* neque de hac re ambigitur: sed potest de fideiussore dubitari, qui ipse nihil fecerit. Hoc autem indicare voluit Paulus, etiam hic factum promissoris fideiussori nocere: quod, ut dixi, conveniens est et consequens superioribus. Moram enim rei fideiussori quoque nocere effectum est: idque ideo, quia re post moram debitoris perempta ipse perpetuo tenetur; fideiussor autem in totam causam se obligavit. Atqui quod efficit mora in reo principali obligando, id efficit in stipulationibus in non faciendo conceptis, si quid promissor contra quam cautum est fecerit. Sic enim, ut dixi, committitur adversus eum stipulatio, unde et obligari incipit: in quam caussam se fideiussor obligavit Quapropter et hoc factum eadem ratione utrique, idest, et reo et fideiussori nocebit. In summa autem hæc pars responsi nos admonet, cum de fideiussore obligando quæritur, quod de mora rei supra dictum est, hanc nocere etiam fideiussori, ad omnia facta promissoris pertinere, quibus fit, ut ille ex stipulatione obligetur: tale est enim id, quod proponitur, cum stipulatorem prohibet reus contra stipulationem. † Videamus de facto fideiussoris: et quod negat Paulus, si per fideiussorem steterit, 3
quominus stipulatori ire agere liceret, promissorem teneri; hucusque etiam hoc dicit, quod non obscuram rationem habet, quodque maxime cum superioribus convenit. Et si enim quis concederet fideiussorem hoc facto adversus stipulationem facere, et ipsum ex stipulatione obligari: tamen constitutum est supra fideiussoris moram vel factum reo non nocere. † Sed quod 4
fideiussorem etiam ipsum eo facto teneri negat; verendum est, ne videatur adversari superioribus, ac propterea falsum esse: cum constituerimus, et ius certum sit, fideiussoris moram et factum, etsi reo non nocet, no-

nocere tamen ipsi auctori, eumque in obligatione retinere. *L. mora*, *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. eod. L. si libertus moram*, *supr. de op. lib.* Sed nihil verius, quam fideiussorem, qui stipulatorem ire agere prohibuerit, hoc facto ex stipulatione, non teneri. Neque subtili aliqua ratione, et veteribus tantum cognita id efficitur; sed ea, quæ est in promptu. Nihil enim hoc facto peccatur adversus stipulationem: cum de eo cautum sit, non ut ne per fideiussorem fieret, quominus stipulatori ire agere liceret; sed ne fieret per promissorem. Quomodo igitur teneatur fideiussor ex ea stipulatione, quæ comissa non est, neque adversus promissorem, qui promisit quidem se non prohibiturum stipulatorem, sed contra nihil fecit: neque adversus fideiussorem, qui prohibuit quidem stipulatorem, sed non contra stipulationem, cum de eo nihil cautum esset? Ut autem verissimum est hoc facto fideiussorem in hac specie non teneri: ita nihil minus iis, quæ ante de mora et facto fideiussoris posuimus, adversatur. Quod enim dicitur moram fideiussoris fideiussori ipsi nocere, vere dicitur, et quidem in omnibus causis; nec quidquam æquius: sed ad hanc speciem non pertinet:
5 † quandoquidem fideiussor in proposito stipulatorem prohibendo moram non facit. Nulla enim mora est in recusando, ubi id quod petitur, vel ipso iure, vel per exceptionem non debeas. *L. si pupillus*, *infr. eod.* Non debuit autem fideiussor ex stipulatione hoc præstare, ne stipulatorem prohiberet, cum de eo neque reus quidquam caverit, neque fideiussor: et si fecissent; tamen utrumque inutiliter caveretur. Illic, quia promitteretur factum alienum: hic, quia in aliam causam interveniret fideiussor, ut supra dixi. At enim etiam sine mora factum ipsum fideiussoris ipsi nocet; voluti, cum animal promissum occidit. *L. mora*, *infr.* Recte, cum animal promissum occidit: neque enim si aliam rem non promissam fideiussor occideret, quisnam diceret eum propterea ex stipulatione teneri, si res promissa sine mora vel eius, vel debitoris interiret. At in proposito nihil a fideiussore adversus rem promissam committitur: is enim stipulatorem prohibet: quominus autem prohiberet, nihil de eo stipulatione cautum est. † Bre- 6
viter sic res habet; et mora et factum fideiussoris ipsi nocere dicitur: sed in eo quod iam ante debebatur: et hactenus nocet, ut quod ita ab eo debitum fuit, id quamvis post eius moram aut alium delictum extare desierit, non tamen desinat deberi. Cæterum si quid ante a fideiussore ex stipulatione non debetur, id ut deberi incipiat, nulla eius mora, nullum factum potest efficere. Argumento hæc sunt, quod dicitur culpa non fideiussoris tantum, sed etiam principalis debitoris non constituere obligationem, sed eam, quæ fuerat, perpetuare. *L. si servum*, §. *sequitur*, §. *nunc videamus*, *inf. eod.* quod dicitur mora non augere obligationem fideiussoris. L. *centum*, *supr. de eo quod cer. loc.* Postremo quod dicitur fideiussor mora sua in obligatione retineri. *d.* L. *si libertus moram*, *supr. de op. lib.* non enim retinetur, qui ante obligatus non fuit. Porro in stipulatione proposita non obligari fideiussorem, ne per eum fiat, quominus stipulatori agere liceat, et iam docuimus, et conceptio ipsa stipulationis, ac conditio fideiussoriæ obligationis satis ostendunt. Ex quo intelligitur nihil illas definitiones de mora et facto fideiussoris ad hanc speciem, et in universum ad eas res, ad quas ex stipulatione non tenetur, quidquam pertinere.

Ad §. In hac stipulatione.

In hac stipulatione, *neque per te*, *neque per heredem tuum fieri?* per heredem videtur fieri quamvis absit et ignoret, et ideo non facit quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex huiusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*, Neque per te, neque per heredem tuum fieri, quominus mihi ire agere liceat, *an ab herede absente et stipulationem ignorante committatur*, *et qua ratione.* n. 3. 5. 7.
2. *Absens stipulatorem prohibere posse quomodo videatur.*
4. *Lectio huius* §.
6. *Accursianorum sententia explosa.*
8. *Pupillum heredem*, *si contra quam cautum a defuncto sit*, *fecerit*, *ex superiori stipulatione non teneri.*

1 EX hac stipulatione, *Neque per te, neque per heredem tuum fieri*, quominus mihi ire agere liceat, et promissorem et heredem obligari constat, cum quis eorum contra fecerit, idest, stipulatorem prohibuerit. *L.* 2. §. *item si in facto. L.* 3. *L.* 4. §. *Cato, supr. eod.* Quæritur, quis contra facere, quis prohibere intelligatur; utrum is solus, qui præsens et sciens se teneri, prohibet; an et qui abest, et qui ignorat, quod posterius in heredem solum cadit. Et Paulus ita definit, per heredem videri fieri, *quamvis absit, et ignoret.* Non significat heredem teneri hoc ipso, quod abest, vel ignorat. Fieri enim potest, ut sit horum utrumque et tamen stipulatorem nemo prohibeat; fieri etiam potest, ut prohibeat aliquis, sed extraneus, cui heres, si velit, obsistere non possit: quæ cum fiunt, absurde diceretur heredem facere, aut stipulatorem prohibere videri. Sed hoc intelligit Paulus; cum quid facit heres quoquo modo, quominus stipulatori ire agere liceat contra verba stipulationis, etiam re ipsa secundum mentem et sententiam stipulationis adversus stipulationem ipsam facere videri: ut hoc modo et stipulatio adversus eum committatur, quamvis absit, et ignoret: ut sit sensus. Si quid contra quam cautum est, fecerit, nihil ei prodesse ad evitandam obligationem, si eo absente, et stipulationem ignorante factum sit; non magis quam si a præsente, et se teneri non ignorante consulto factum esset. Coniunctim autem dicit, *quamvis absit et ignoret*: quia utrumque coniunctum facit ad maiorem defensionem heredis, eoque ad amplificandam dubitationem, quæ in hanc speciem incidere poterat. Cæterum si absit tantum heres, et absens prohibeat, nihil ad dubitationem pertinet. Parum enim refert ad iniuriam stipulatoris, et ne consequatur, quod stipulatus est, utrum præsens quis, an absens eum prohibeat. In his autem stipulationibus spectamus solum, quod stipulatoris interest. *L.* 3. *in fin. L.* 5. *in fin.*
2 *supr. eod.* † Quia tamen ad arguendam, ut dixi dubitationem adiecit Paulus de absente herede: quærendum est, quomodo videatur absens stipulatorem prohibere posse. Quod Accursius parum, ut opinor, liquere existimans, absentem heredem hic interpretatur, eum, non qui absit, quo tempore prohibet; sed qui absit, quo tempore defunctus stipulatur, ut sic stipulationis ignarus fuerit. Non nego ad probandam heredis ignorantiam, de qua subiicit, hoc recte dici. Sic enim ignorat heres stipulationem esse interpositam, seque ea teneri: si abfuit, cum ea contraheretur, neque postea interpositam esse cognovit. Sed verbis huius loci interpretatio non convenit: cum hic nullum verbum sit de defuncto, qui stipulatus sit; sed sit omnis definitio de herede, qui contra stipulationem facit: cui ita facienti cætera deinde verba attribuuntur. Sed nihil fuit, cur metueret admittere per absentem heredem stipulatorem posse prohiberi. Multis modis absens prohibere potest. Potest per procuratorem: potest per familiam, dum non obsistit, cum potest. Idem est, etsi heres fundum servientem septum et clausum habeat, quo occluso non pateat stipulatori ad eum fundum aditus. Quo intellecto, multo etiam certius iam intelligetur, non esse, cur dubitetur, an heres qui absens prohibeat, æque ut præsens contra stipulationem videatur facere. Utrum enim per se quis faciat, an per alium, nihil interest. *L.* 1. §. *ait prætor, supr. unde vi.* Multo minus, utrum suo corpore prohibeat, an aliis impedimentis obiectis, quæ tantundem præstent, ut muro, septis,
ianua. † Sed ut per se nihil ad dubita- 3
tionem facit, si proponatur quid per heredem absentem fieri, ita si ad ignorantiam heredis, quæ ipsa per se videtur digna esse excusatione, etiam hoc accedat, quod fundus clausus fuit absente herede; quod eo absente procurator eius, aut familia stipulatorem prohibuit, quos absens heres revocare non poterat; augetur, ut dixi dubitatio, ut tanto minus videatur existimari debere is heres, in quo hæc sunt, contra stipulationem fecisse. Paulus ergo, ut ostendat, si heres contra quam verbis cautum est, faciat, nihil esse, quod ei prosit, quominus teneatur: hoc dicit tantum abesse, ut non teneatur heres, qui ideo prohibuit stipulatorem, quia ignorabat se ulla stipulatione teneri, ne prohiberet; ut quamvis simul et ignoraverit, et abfuerit ita, ut per absentiam nullo modo posset fundum aperire, aut, procuratorem, vel familiam inhibere, quominus sripulatori eunti vim faceret; nihilominus tamen existimari debeat vere fecisse, quod stipulatio fieri vetat, idest, ita fecisse, ut stipulatio adversus eum committatur. Sed occurrebat in proposito hæc dubitatio, quod in herede stipulationem ignorante nihil sit, quod ei possit imputari, si stipulatorem prohibuit: multoque minus in herede absente simul et ignorante. Qui convenit igitur eum, qui nihil deliquit, ex stipulatu teneri? Maxime: quia stipula-

latione id cautum est. Non enim hæc est conditio stipulationis, ut promissoris, heredisve eius culpa non fiat, quominus stipulatori ire agere liceat; sed simpliciter ne per promissorem, heredemve eius fiat: adversus quam committitur, ut quisque eorum contra fecerit. Verum est autem contra factum esse, sive sciens, sive ignorans; et sive præsens, sive absens fecerit. Proinde et eum heredem, qui quoquo modo ex his quid fecerit, ex stipulatione teneri necesse est. Nec dubito, quin id sit, quod Paulus sequentibus verbis significare voluit: *et ideo*, inquit, *non facit, quod fieri ex*
4 *stipulatu oportet.* † in quibus verbis videtur deesse, *quia*, et hoc modo legendum esse: *et ideo*, vel, *idque ideo*, *quia non facit*, *quod fieri ex stipulatu oportet.* Ridicule enim colligeretur ex præcedentibus, quod cum præcedentibus plane idem esset. Quid autem aliud est heredem non facere, quod ex stipulatu eum oportet, quam per heredem fieri, quominus stipulatori liceat quod ei ex stipulatu præstandum est? Sed quoniam quod dixerat heredem etiam ignorantem et simul absentem teneri, incurrebat in eam reprehensionem, quam supra dixi: ideo apposite subiicitur ratio, et ea quidem, qua optime definitio confirmatur; ut dicatur ideo statui, quia non facit heres, quod eum ex stipulatu facere oportet. Sed sive recipitur hæc lectio, sive non recipitur: certe non alia ratio est ad id quod Paulus posuit, obtinendum; est vero ad id obtinendum, ut maxime conveniens, ita
5 citra controversiam efficax. † Certum est enim ex stipulatione hereditaria ita obligari heredem, ut defunctus voluit. Quo fit, ut in hoc genere non sit quærendum, quid, quove animo heres fecerit ut teneatur; sed quid defunctus de eo caverit; seu quæ sit conditio hereditariæ stipulationis: ut hac non exsistente non teneatur heres: eadem exsistente incipiat omni modo teneri, non tantum si quid culpa fecerit, sed etsi quid omnino non fecerit. Argumento est certissimo hæc ipsa stipulatio, *per te non fieri*, *neque per heredem tuum*, *quominus mihi ire agere liceat.* In qua si unus ex heredibus stipulatorem prohibuerit, omnes eo facto teneri constat; etiam qui ipsi nihil fecerint: tantum ideo, quia defunctus ita caverit, et stipulationis hereditariæ conditio extiterit. L. 2. §. *item si*, *supr. L. inter*, §. *quod ex facto*, *supr. fa. erc.* Et quid mirum est heredem hic dici ex stipulatione hereditaria ob factum suum teneri etiam ignorantem, et nihil culpa facientem; quem constat ex facto coheredum sine ulla culpa sua etiam invitum obligari? † Ex quibus 6
intelligi potest verum non esse, quod hic cum Accursio quidam putant, eum heredem, qui in proposito quid contra fecerit, cum stipulationis esset ignarus, ipso quidem iure teneri ex stipulatione hereditaria, sed in integrum restitui posse, ex illa parte edicti, qua Prætor, *et si qua alia iusta caussa esse videbitur*, se in integrum restituturum pollicetur. *L. 1. in fi. supr. ex quib. caus. mai.* Nam si non restituitur in integrum heres, qui ex facto coheredum sine ulla sua culpa obligari cœpit ex stipulatione hereditaria: quanto minus restituetur is, qui ob suum ipsius factum ex eadem stipulatione convenietur? Tum autem ex iusta caussa pollicetur Prætor se in integrum restituturum; at non modo nulla caussa est, cur adversus stipulationem hereditariam restituatur heres, ubi constet eum ex conditione stipulationis esse obligatum; sed etiam adversus omnem iuris et æquitatis rationem sit id concedi. † Sed 7
moventur plerique adversus sententiam Pauli eo, quod regula iuris traditur, eos qui in alterius locum succedunt, iustam habere causam ignorantiæ, an id quod peteretur, deberetur. *L. qui in alterius*, *infra*, *de regulis iur.* quasi id quidquam ad rem pertineat. Id enim dictum tunc locum habet, cum quæritur, an aliqua culpa sit heredis, quod ignorarit, quid defunctus deberet, et an propterea sit ei aliquid imputandum. Significaturque eo dicto nihil esse: quia heres iustam ignorantiæ causam in eo habeat. Id vero nihil ad hunc locum in quo non de eo agitur, an culpa aliqua sit heredis, quod stipulationem hereditariam ignorarit, fatemur enim nullam esse. Hoc amplius etiam eum non tantum iustam causam ignorantiæ in eo habuisse, sed etiam iustissimam fatemur. Sed hoc quæritur, an hæc illi ignorantia quantumvis iusta prodesse debeat, ne videatur per eum factum esse, neve ex stipulatione ob eam causam teneatur, ad quod superior definitio non progreditur. Id autem hoc loco Paulus fieri debere negat: et recte negat, cum, ut dixi, id efficiat conceptio stipulationis, ut si per heredem quid contra factum erit, teneatur. Id cum voluerit defunctus, necesse est, aut non potuerit efficere promittendo, aut si potuit, conditione stipulationis exsistente heres obligetur: potuisse autem defunctum supra ostendi, et ius certum est: ex quo quid consequens sit, apparet. † Excipit Paulus pupillum heredem, 8
per quem ait non videri stare ex huiusmodi stipulatione: quo significat eum non tantum

tum in alia causa esse, quam cæteros heredes; sed etiam plane contraria. Hunc enim si contra quam cautum sit, fecerit, non modo ex huiusmodi stipulatione non teneri, si absit et ignoret, de quo in aliis dubitari poterat; sed ne sic quidem, si præsens et stipulationem hereditariam non ignorans stipulatorem prohibuerit: quod tamen si cæteri facerent, nemo dubitaret stipulationem hereditariam adversus eos committi. In causa est conditio non stipulationis, quam in omnibus heredibus unam esse necesse est; sed pupilli: de quo ita ius est, ut facto suo obligari non possit sine tutoris auctoritate. *L. obligari, supra de auct. tut.* Est hoc quidem nonnullis locis bene traditum, in re quæ a defuncto gesta et contracta sit, perinde teneri heredem etiam pupillum, ac si cum defuncto ipso ageretur. *L.* 3. *in princip. supra, quib. ex caus. in pos. eat. L.* 2. *Cod. si ad. ven. pig.* sed hoc in re a defuncto gesta, simul et perfecta, et cuius conditio ex pupilli facto non pendeat, dictum est, ut loci ostendent. Quod si ex facto heredis pupilli pendebit conditio, contra erit: semper enim illud tenendum est, ex facto suo pupillum obligari non posse.

Ad §. Si promissor hominis.

Si prommissor hominis ante diem in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit: non videtur per eum stetisse.

SPecies ad definitionem moræ pertinens: de qua dixi ad *L. si ex legati, supr.*

Ad L. In illa. 50.

Ulpianus libro L. ad Edictum.

In illa stipulatione, *per te non fieri?* non hoc significatur, nihil te facturum quo minus facere possis: sed curaturum ut facere possis. Item in stipulatione emptæ hereditatis, *quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat*: nemo dubitabit quin teneatur qui id egit, ne quid ad se pervenerit.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio, Per te non fieri, quid contineat.*

1 QUI se non facturum quid spondet, quod stipulatori noceat, vi ipsa etiam se curaturum spondet, ne fiat ab aliis: de quo et dixi antea nonnihil ad *L. stipulatio ista, supr.* et amplius dicendum est, ut in loco ad *L. inter, infr. eod.*

Ad L. Is qui alienum. 51.

Idem libro LI. ad Edictum.

Is qui alienum servum promisit: perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur: sufficit enim si dolo culpave careat.

SEntentia eadem, quæ *L. si ex legati. supr.* de periculo rei promissæ, quæ sine culpa promissoris in hominum potestate esse desierit: de quo genere toto illic dictum est.

Ad L.

Ad L. in conventionalibus. 52.

Idem libro VII. Disputationum.

In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant: enimvero prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente prætoris qui eas proposuit, denique prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere.

SUMMARIA.

1. *Quæstio et argumentum huius legis*, et n. 11.
2. *De prætoriarum stipulationum vi dubitationes: de quibus respondetur* et n. 9.
3. *Prætoriarum stipulationum interpretatio an ex regulis conventionalium stipulationum sumenda.*
4. *Conventionalium et prætoriarum stipulationum differentia, eiusque declaratio.*
5. *Legis verbum quomodo hic accipiatur, et quid generaliter legis appellatione contineatur: et* n. 8.
6. *Forma contractus quid, et quibus rebus constet.*
7. *Verborum Ulp.* Contractui formam contrahentes dant, *sententia.*
10. *In prætoriis stipulationibus, cur ex mente solius Prætoris res decidatur.*
12. *Prætorias stipulationes a conventionalibus certitudine aut mutabilitate formæ non differre, et* n. 15.
13. *Ulpiani verba an immutabilitatem prætoriarum stipulationum confirment, et n.* 17.
14. L. 1. in fin. de præt. stip. *verba declarantur.*
16. *Prætorias stipulationes non a Prætore tantum, sed et a contrahentibus mutuo consensu posse mutari, et* n. 18. 20.
19. *Mutari aliquid in stipulatione prætoria proprie quid.*

1 Etsi de conventionalibus stipulationibus initio hic definit Ulpianus; de his tamen ex professo hoc loco non agitur. Multo minus de conventionalium aut prætoriarum forma, qualis sit, certa, an incerta; mutabilis, an immutabilis. Summa quæstio una est de prætoriarum stipulationum interpretatione, cuius ratio non ex forma stipulationis, sed ab auctore, qui eas proponit, ducitur. Per occasionem autem ideo dicit de conventionalibus; quia quod ius in his interpretandis constitutum est, adversari videbatur ei sententiæ, quam de prætoriis statuebat; ac propterea tacitam obiectionem statim initio proposita dissimilitudine removet, ut particula adversativa, *enimvero*, facile declarat. Per eandem occasionem et de iure prætorias mutandi dicit, ut quam sint illæ in Prætoris potestate, de quo quærebatur, ostendat: quæ singula qualia sint, ex his quæ dicam, post-
2 ea intelligetur. † Exsistunt igitur de vi prætoriarum stipulationum hæ dubitationes. Interdum in prætoria stipulatione omittitur, quod ex iure inseri debebat: ut si quis pro dupla simplam tantum stipulatus sit in ædilicia stipulatione, et duplam adiici velit. *L. si dictum, supr. de evict.* ut, si in stipulatione damni infecti sine die quis sit stipulatus, cum diem adiici oporteret, et promissor adiici postulet, iuxta *L. qui bona, §. ult. et L. si finita, in pr. supr. de damn. inf.* Interdum adiicitur, quod non oportuit; ut dies brevior in eadem stipulatione damni infecti, qua die finita velit stipulator ex integro caveri. *d. L. si finita, de damn. inf.* ut si dupla promissa sit pro simpla; si satisdato cautum, ubi nuda promissio sufficiebat: quæ omnia cupiat reus detrahi, iuxta *L.* 1. §. *stipulatio, infr. de præt. stip.* Nonnunquam ipsa stipulatio concipitur verbis ambiguis; ut cum stipulamur damni infecti nomine in Calendas, et non adiicimus, quas: aut cum nobis cavemus de loci aut ædium vitio, et verbo ambiguo *locum*, ædes nominamus, deinde ambiguum mutari, ac pro ambiguo certum et definitum substitui volumus. † 3
In his omnibus quæri solet, utrum ex iis regulis, quæ traditæ sunt de conventionalium stipulationum potestate et interpretatione, rem decidi velimus, an alia hic ratio sit prætoriarum stipulationum propria. Nam cur cum omnes stipulationes sint, et pariter conventione constent, non iisdem regulis in utroque genere utamur? Eas autem si sequi vellemus, ita respondendum fuit: ut si quid aperte cautum sit, id servari debeat et stipulatori, cui promissum est; et promissori, cuius caussa adiectum erit. Si quid verbis expressum non sit, id pro omisso intelligatur. *L. quidquid infr. eod.* In iis autem quæ inserta sunt, si aliquid sit ambigui, id servetur, ut in Calendis indefinite appellatis primas accipiamus, *L. eum, qui Calendis, supr.* et ge-
ne-

neraliter id quod pro stipulatore est, si aliter interpretantibus futurum sit, ut stipulatio non valeat; sin aliter, ut ambiguitatem contra stipulatorem interpretemur. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. eod.* Quidni ergo et in stipulatione prætoria de his, quæ supra posuimus, idem servemus? Ulpianus hic statuit non idem esse in hoc genere servandum, sed in universum id accipiendum, quod est de mente Prætoris. Nec obstare exemplum stipulationum conventionalium: nam inter has manifestam esse differentiam, et eam, quæ aperte de interpretatione utriusque generis longe aliud atque aliud exigat: atque ab hac
4 differentia orditur. † Quippe in *conventionalibus*, inquit, *contractui formam contrahentes dant.* Ex quo effici vult, quod recte Bartolus intellexit, quia stipulatio ab illis nascitur, simul etiam ex eorum mente et sententia interpretandam esse, id est, ex eo, quod inter eos actum est. *d. L. eum, qui Calendis*, *supr. L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. iur.* Aut si obscurum sit, quid senserint, id accipiendum, quod est æquius et humanius: quod promissori prosit videlicet. *Enimvero*, inquit, *prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris*, *qui eas proposuit.* Quibus verbis intelligo Ulpianum non hoc tantum dicere quis prætorias stipulationes constituat, quod de conventionalibus prius fecerat; alioqui ad id exprimendum sufficiebat, quod dicit Prætorem eas proposuisse: sed simul complecti hæc duo; et quis stipulationes eas proponat; et præterea quid ex eo ad propositam de prætoriarum stipulationem interpretatione quæstionem consequatur; quod in conventionalibus stipulationibus ideo prætermiserat, quia de iis, ut dixi, principaliter non agebatur. Itaque est hic sensus: conventionales stipulationes constituuntur a contrahentibus. Enimvero prætorias stipulationes Prætor proponit: quo fit, ut et ipsæ legem accipiant
5 de mente Prætoris. † *Legem accipiunt*, sic interpretor: accipiunt normam et regulam, quam in his interpretandis sequamur, de mente Prætoris: id est secundum id, quod Prætor in his proponendis sensit, et voluit. Ac si quis roget cur inde accipiant, hæc ratio est, quia Prætor is est, qui eas proposuit. Id an dicat Ulpianus, verbis
6 cognitis melius intelligetur. † Formam contractus prius dixerat: quo verbo significatur, non pars aliqua contractus, ut lex et pactio aliqua contractui adiecta, qua lege et conventione venditionem, locationem, societatem, et similes contractus contrahi volumus: sed totius contractus status et conditio. Quasi dicas figuram et faciem contractus; totum id, quo contractus constat, et ex quo is contractus spectatur. *forma pollicitationi data servanda est*, *in L. Septicia*, *in fin. infr. de poll.* id est, omne quod pollicitatione comprehensum est, cuius pars fuit illa conditio, de qua ibi quærebatur. Hinc contractus reformari dicitur, non qui ad pactionem aliquam veterem, sed qui in re etiam ipsa renovatur. *L. iurisgentium*, §. *adeo*, *supr. de pac.* quo modo et iuris forma dicta, quidquid iure constitutum est *d. L. iurisgentium*, §. *si paciscar*, *et L. inter*, *supr. de pac.* Constat ea forma et conditio duabus rebus: eo quod debetur, et debendi modo. Oportet enim in omni contractu esse aliquid, quod debeatur; et promitti id certo modo; puta pure, vel in diem, vel sub conditione, ad diem vel conditionem, et si quæ sunt similes causæ, de quibus in *L. obligationum fere*, *supr. prox. tit.* Sic *formæ* verbum hoc loco accipitur, cum dicuntur *contrahentes formam contractui* dare: utrumque enim constituunt conventione sua, et quid debeatur, quantumve, et quomodo debeatur. Unde recte colligitur in utraque parte ab illorum mente interpretationem stipulationis esse repetendam. Ut autem formam interpretemur legem, et pactionem contractui adiectam, neque stipulationis natura patitur, neque huius loci sententia ullo modo recipit. Nam in omni stipulatione, de qua hic agitur, quidquid stipulationi inserueris, id non iam pactio, et conventio est, sed pars stipulationis: nec eadem stipulatio ipsa sibi legem dare dici potest; cum aliud esse oporteat, quod legem dat, et aliud, quod legem accipit.
† Sententia autem Ulpiani hoc loco hæc 7
est; ut cum dicit contrahentes contractui legem dare, ex eo efficiat, quod tamen intelligendum relinquit lectori, merito et eorum mentem in hac re esse spectandam. At id de tota stipulatione et contractu non recte colligitur, nisi hæc forma, quam ab illis dari dicit, ad omnem stipulationis et contractus partem pertinet. Proinde et de tota figura et conditione contractus *formæ* verbum, quo hic utitur, accipiendum est: ut horum verborum *contractui formam contrahentes dant*, si hæc sententia; *contractui dant*, ut si id quod est; neque id aliunde accipit. Post *legem* nominat, cum de prætoriis stipulationibus agitur. *Accipiunt*, inquit, *legem de mente Prætoris*: an verbo *legis* idem intelligens, quod prius in conventionalibus stipula-

lationibus *formam* contractus dixerat; quasi hoc sentiat conventionales stipulationes a contrahentibus formam contractus accipere;
8 prætorias autem hanc ipsam a Prætore? † Mihi verbum *legis* hoc loco sic accipi posse nullo modo videtur. Aut enim volumus hoc verbo intelligi totius stipulationis prætoriæ formam, qua constat, et qua a Prætore proponitur: aut eius formæ et conditionis partem aliquam. Si totius contractus formam et conditionem; verbi significatio repugnat; lex enim contractus cum dicitur, non conditio quævis contractus significatur, sed pactio et conventio contractui adiecta, eius contractus temperandi caussa: puta, cum venditio, locatio, societas, et similia negotia contrahuntur, sed hac conventione addita, ut aliquid fiat, sequatur. Sic *lex* dicta: quasi dicas, contractus temperamentum quoddam, ut alias docuimus. Lex traditioni dicta est, idest, res ita tradita, ut aliquid fiat. *L. legem, C. de pact.* res data ea *lege*: idest, eo pacto, et conditione. *L. ea lege, C. de cond. ob caus. dat.* in *lege* emptionis, locationis dictum, scriptum est: valet, in pacto convento emptioni, locationi addito *L. si cum fundum, L. in lege, L. fistulas, in pr. sup. de contr. empt.* Pro quo alibi dicitur aliquid perscriptum esse in pacto convento societatis. *L. duo, supr. pro soc.* At in hac lege et conventione non consistit forma et conditio contractus. Nam et sine hac conventione contractus esse potest; neque eo minus contractus suam formam habebit, quam vere liceat dicere a contrahentibus ei datam. Et quamvis forte eiusmodi aliqua lex contractui dicta fuerit: tamen multo pluribus aliis rebus constat contractus forma, quam ut hæc conventio totius contractus formam continere intelligatur. Volumusne ergo legem hic intelligi, ut est usus verbi, ut pactum et conventio significetur stipulationi addita, quo pacto et conventione quid promittatur? Hoc vero multo minus convenit. Primum quia nulla eiusmodi pactio intelligi potest etiam in conventionalibus, quæ legem det stipulationi; sed omnium minime in prætoriis. Deinde quia legem hoc loco sic accipi ita abhorret a sententia et verbis Ulpiani, ut nihil sit magis contrarium. Nullam eiusmodi conventionem esse posse in stipulationibus, quæ legem stipulationi det, iam ante ostendi: quia si quid eo pacto nominatim promittatur, deducetur pactum in stipulationem, ut iam pactum esse desinat, fiatque pars eiusdem stipulationis. Proinde nec stipulationi legem dare potest; cum una sit stipulatio, nisi forte eadem stipulatio ipsa sibi legem dare potest, et a se accipere. Atque id cum ita fieri intelligitur in conventionalibus stipulationibus: tum maxime intelligitur in prætoriis, de quibus agitur. Prætoriæ enim stipulationes ex certa et præsenti caussa comparatæ simplices sunt, nec certa lege aut conditione ut aliquid vicissim fiat, tanquam a nutante Prætore interponuntur. Ita si in his nulla talis lex est, qualem dicimus, hanc sine dubio a Prætore accipere non possunt. Demus tamen eiusmodi legem cadere in stipulationes non solum conventionales, sed etiam prætorias: attamen de hoc genere verbum *legis* hic accipi evidenter sententiæ Ulpiani repugnat: qui non hoc sentit, prætorias stipulationes in una aliqua parte, puta in huiusmodi conventione stipulationi addita, legem a Prætore accipere; sed contra in omnibus partibus. Alioqui non efficietur Prætoris mentem in omnibus partibus stipulationum prætoriarum esse æstimandam: quod tamen ille intelligi voluit: certe veterum sententiam fuisse constat ex *L. in prætoriis, infra, de præt. sti.* Postremo sive *legis* verbo placet hic intelligi totius contractus conditionem et formam, sive pactionem illam, quæ temperando contractui adiicitur, de qua modo dixi; ut maxime quis dederit; utrumque verbo significari, et in stipulationes cadere: tamen utraque significatio a verbis Ulpiani pariter aliena est: quinimo utrovis modo visum erit interpretari, definitio eius falsa reperietur. Observandum est enim sic eum scribere, prætorias stipulationes legem accipere non a Prætore, sed *de mente Prætoris.* Faciamus *legem* hic dici formam: definitio falsa est: sæpe enim interponitur prætoria stipulatio iubente Prætore, ac proinde ab illo formam capit; quæ tamen interponitur, non de mente, sed contra mentem Prætoris: ut quia per errorem additum est aliquid, vel omissum, quod non debuit: et ob hanc causam etiam eius rei æstimatio et mutatio postea ipsi Prætori committitur. *L. si finita, supr. de dam. inf.* Vera autem definitio ita futura esset: Prætoriæ stipulationes formam accipiunt a Prætore, qui eas proposuit. Neutrum igitur hic ullo modo interpretari debemus. Restat, ut *legem* hic accipiamus, non legem qua stipulationes constent; sed legem interpretationis: id est, ut dixi normam et regulam, quam in his interpretandis sequamur; quam ideo accipere dicantur *de mente*, vel ut, in aliis exemplaribus legitur, *ex mente Prætoris*: quia ex huius mente ea

ea lex et regula interpretationis ducitur. Non fui contentus dicere, quam in his sequamur; sed adieci, in his interpretandis: quia verbum *mentis* id satis exprimit; ibi enim mens scribentis, aut dicentis cuiusque quærenda est, ubi de significatione et interpretatione cuiusque scripti ambigitur. Ergo hanc legem interpretationis accipiunt prætoriæ stipulationes de mente seu ex mente, et quod idem est, secundum mentem Prætoris: quia ipsa mens et voluntas Prætoris illis lex est. Recte lex: utpote secundum quam eas interpretemur; secundum quam aut mutentur illæ, aut in his addatur quid, aut detrahatur; quam denique in his probandis, aut improbandis pro lege observemus: nam hæc omnia ex mente Prætoris in his stipulationibus fieri constat *L. 1. in fin. infra, de præt. stipu. L. si finita, in pr. supra, de dam. inf.* Generaliter autem in re quaque *legem* appellamus, quidquid ita constitutum est, ut ad eius normam omnia in ea re expendi et exigi oporteat: quoniam hoc veræ legis officium est, quæ est regula faciendorum et non faciendorum. *L. 1. et 2. supra, de legi. et S. C.* Unde et in testamentis voluntas testatoris lex dicitur Iustiniano in §. *disponat. Novel. de nup.* non eo tantum, quod quæ testator aperte cavit, pro iure observantur: *L. verbis legis, infra, de verbor. significationib.* sed etiam quia ad hanc omnia diriguntur, ex huius præscripto omnia reguntur et temperantur in testamentis: sine hac nihil in testamento scriptum valet; eadem ut scriptum atque etiam intellectum valeat, facit. *L. si mihi, 12. in fin. supra, de leg. 1. L. quoties, supra, de her. instit.* Inde dicitur in testamentis totum facere. *L. ex facto, §. rerum, supra, de her. instit.* in his primum locum obtinere. Denique quod maxime proprium est legis, dicitur regere legata et conditiones. *L. in conditionibus, L. pater in prin. et §. conditionum, supra, de cond. et dem.* Secundum quæ si quis dixerit legata et conditiones legem accipere ex mente et voluntate testatoris, non modo is non erraverit; sed etiam bonis et significantibus verbis id exprimat, quod modo de hac voluntate diximus: dicaturque id plane eodem sensu, quo nunc dicuntur stipulationes prætoriæ legem accipere de mente, vel ex mente Prætoris: ubi nimirum mens Prætoris dominetur tanquam lex quædam; ubi regat et temperet stipulationes. Quin ergo *legem accipere* id significet quod dixi, dubitari nullo modo potest. Quin autem hæc ipsa sit sententia huius loci, quam dixi, multo minus debet dubitari: hæc enim illa sententia est, quam de interpretatione harum stipulationum expressit Venuleius in *L. in prætoriis, infra, de* prætoriis stipulationibus. *In prætoriis stipulationibus*, inquit, *si ambiguus sermo acciderit*, *Prætoris erit interpretatio*: *eius enim mens æstimanda est.* Quid est, eius mentem æstimandam esse, nisi ex eius mente petendam esse legem et regulam, quam quæcunque quæstio de earum stipulationum interpretatione inciderit, adhibeamus et sequamur? Cum hæc interpretatio ex significatione verborum est, eamque sententiam exprimit, non solum quæ sola vitio caret, sed etiam quam veterum esse constat de interpretatione prætoriarum stipulationum: tum vero hoc etiam in ea commodi est ad docendum, quod non tantum ostendit, a quibus proficiscantur stipulationes prætoriæ, ut in conventionalibus demonstratum erat: sed etiam nominatim et dilucide complectitur id, de quo institutum erat Ulpiano dicere; certe id de quo solo nobis cognoscendum fuit (nam illud alterum quis ignorat stipulationes prætorias a Prætore proficisci?) Id autem est stipulationes prætorias interpretandas esse de mente Prætoris; ab hac tanquam ex regula iudicandas esse; non autem ad regulam conventionalium stipulationum esse revocandas. Quod nemo negabit melius esse et commodius ad intelligendum exprimi, cum de eo quæratur, quam id ad colligendum lectoribus relinqui. † Se- 9
cundum quam sententiam de his, quæ proposita sunt, ita respondebimus. Si pro dupla simpla tantum promissa est per errorem, non ideo tantum simpla debebitur: sed iubebit Prætor duplam promitti. Si in his quæ satisdationem exigunt, nuda cautione promissum erit: iubebit satisdari. Idemque fiet e converso, ut si pro simpla quam promitti oportuit, dupla promissa sit, duplam detrahat; et si satis datum sit, ubi cautum tantum oporteat, is detrahat satisdationem, idest, fideiussores liberet. arg. in *L. 1. in fin. infr. de præ.* et hæc, si quid cautum sit per errorem; aliter, si ex conventione contrahentium. arg. in *L. si finita, supr. de damn. inf.* Si in stipulatione damni infecti dies omissus erit, per errorem: quia dies stipulationi debet esse insertus, ipse rebus integris diem idoneum pro rei qualitate statuet: finito autem die, in quem alioqui caveri solet, reum liberabit. *L. qui bona, §. ult. cum L. seq. et. L. si finita, 1. res. in fin. supr. de damn. inf.* E converso si brevior dies adiectus erit, isque finitus sit, ex integro ca-

caveri iubebit. *d. L. si finita, in princ.*
Omnia ex eo, quia sunt ex mente Prætoris, qui eas stipulationes in eam sententiam proposuit edicto, et ut proposuit, ita desiderante litigatore iubet interponi. Si dies ambigue positus, ut Calendæ: non proximæ pro commodo stipulatoris, aut remotissimæ pro commodo promissoris intelligentur: sed is dies, in quem usitate caveri solet: quia hæc mens fuit Prætoris Calendas nominantis, ut dies, qui satis esset ad cautionem petitoris, insereretur.
d. L. qui bona, §. ult. et L. si finita,
10 *de damn. inf.* † Cur ergo in his ex mente
Prætoris res iudicanda est? quia, inquit Ulpianus, Prætor est, *qui eas proposuit*, quippe semper in omni oratione mens dicentis, ac præsertim si solus auctor sit eius rei, quæ proponitur, spectanda est. Omnium autem maxime, si sit Magistratus, cuius præcipue hæc mens, et consilium est, ut in eo quod constituit, ubique æquitatem retineat. Et cur in prætoriis stipulationibus, quæ a Prætore proficiscuntur, non spectemus mentem solius Prætoris: cum et in conventionalibus si quis esset ambiguus sermo, ad mentem contrahentium revocaremus; tantum ideo, quia ipsi sunt, qui formam contractui dant, id est, a quibus
11 contractus proficiscitur? † Ex quibus ap-
paret, quod initio posui, non hic quæri de forma stipulationum vel conventionalium, vel prætoriarum, qualis ea sit: certa, an incerta mutabilis, an immutabilis: sed indicari auctores utriusque generis, ut ex eo de earum interpretatione statuatur; sed maxime de interpretatione prætoriarum, de quibus præcipue Ulpiano pro-
12 positum erat dicere. † Et certe si de cer-
titudine stipulationum aut incertitudine; mutabilitate aut immutabilitate agitur: frustra ex his rebus istorum generum differentiam statuere conamur. Incerta forma est conventionalium stipulationum, ut quæ ex arbitrio contrahentium pendeat: et prætoriarum quoque incerta; in quibus id quod præstandum est, ex negotiorum, locorum, temporum conditione variatur: dies, qui inserendus est, varie pro qualitate rei statuitur, *d. L. qui bona, §. ult. et L. seq. de dam. inf.* Quod si de mutabilitate formæ quæritur, tantum abest, ut prætoriæ stipulationes immutabilem formam habeant, ut harum multo sit mutabilior forma, quam conventionalium. Sed quoniam de ea mutatione sequentibus verbis Ulpiani comprehensum est, tempus est, ut quam sententiam habeant, quidque ad rem pertineant, consideremus: quibus expositis licebit de hac re tota statuere. Ait igitur Ulpianus; *Denique prætoris stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere*: † Quæ quidem verba ad 13
immutabilitatem istam, de qua loquor, statuendam nonnulli arripuerunt: et sane ita scripta esse apparet, ut si quis præfracte ea retineat, evidenter eam immutabilitatem confirment. Sed male fit, cum inspectis unius loci verbis sententia, quæ ex aliis locis et ex re ipsa manifesta esse potest, omittitur, aut etiam ex incertis et obscuris de re aliqua tota statuitur: cum potius, ut sæpe moneo, ea, quæ sunt vel dubia, vel concisa, vel obiter tantum dicta ex locis certis, et explicatis, et præsertim si ex professo de eadem re agant, conveniat interpretari. Mihi autem constat ex aliis locis et iure certo, in stipulationibus prætoriis et mutare aliquid, et his addere, ac detrahere licere, non tantum Prætori, qui eas proposuit, sed etiam contrahentibus Prætorem quidem hæc omnia facere posse; nec tantum posse; sed etiam debere, ubi ab eo postuletur, et æquitas rei ita exigat; idem ipse Ulpianus, qui et huius loci auctor est, diserte et explicata sententia scribit, et quidem de prætoriis stipulationibus ex professo tractans in *L. 1. in fin. infr. de præt. stip.* † verba hæc sunt: *stipulatio* 14
duplæ repromissio est, nisi si convenerit, ut satisdetur. Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur: ipse Prætor debet super ea re summatim cognoscere, et cautum iubere, aut denegare. Sed etsi quid vel addi, vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, prætoriæ erit iurisdictionis. Quod dicit fore *prætoriæ iurisdictionis*, significat de hac additione, detractione, immutatione non alium quidem cogniturum et ius dicturum, quam Prætorem: verumtamen ipsum cogniturum et existimaturum, et prout ius erit, ita aut concessurum, quod de his petitur, aut denegaturum: ut de cognitione et iussu eius prius dixerat. Cuius sententiæ suppeditat ipse idem luculentum exemplum in stipulatione damni infecti *L. qui bona, §. ult. et L. si finita, supr. de dam. inf.* Nam et cum dies in ea stipulatione adiectus non est, iubet adiici, aut finito eo, qui adiici solet, quasi stipulationem mutans reum stipulatione liberat: aut si adiectus sit brevior, eo finito de integro caveri, id est, diem longiorem adiici iubet. Nec dubium est, quin quod in una atque altera re hic ab illo dictum est: eodem exemplo ad alia omnia, quæ per errorem adie-

adiecta sunt, detrahenda, et quæ per errorem omissa sunt, adiicienda, et quæ ambigue scripta sunt mutanda tranferri debeat. Sed ut dixi, regulam Ulpianus tradidit in *d. L.* 1. *in fi. de præ. stip.* qua posita alia exempla ad eius confirmationem
15 non desiderabimus. † Ergo saltem a Prætore immutari prætoria stipulatio, ei addi, vel detrahi ipso etiam auctore Ulpiano potest. At ubi, et inter quos? Nempe cum est de his rebus controversia; et inter eos, quorum unus mutari, addi, aut detrahi quid postulat, alter quominus fiat, adversatur. *d. L.* 1. *in fi. de præ. stip. d. L. si finita, de dam. inf.* Vel hic licet intelligere facilius prætorias stipulationes mutari posse, quam conventionales. Nam isto modo etiam invito adversario Prætoriæ stipulationes mutari possunt a Prætore; nec vero in his nisi in invitum Prætoris est iurisdictio. At conventionales stipulationes semel consensu constitutæ durant, nec ab his uni ex contrahentibus invito altero licet recedere: nec aliud ius in hac re sequi Magistratui aut Iudici conceditur. *L. sicut, C. de obl. et act.* Hactenus igitur non iam dico forma prætoriarum stipulationum mutabilior, quam conventionalium: sed potius illæ solæ mutabiles; hæ contra
16 immutabiles. † Neque vero a Prætore tantum mutari prætoriæ stipulationes possunt, his addi aliquid aut detrahi: sed etiam a contrahentibus mutuo consensu, non secus, quam possunt conventionales. Ac rebus adhuc integris cum litigatores de ea re inter se agunt, quæ stipulationem prætoriam admittit, ita possunt illi inter se stipulationem componere, ut ei formæ, quam Prætor edicto præstituit, possint vel adiicere aliquid, vel detrahere: et stipulatio rata est. Nam a quo nuda tantum cautio exigitur, ut in duplæ stipulatione, is ex conventione satisdabit. *L.* 1. §. *stipulatio, infr. de præt. stip. L. si dictum, supr. de evict.* Multoque citius dixerimus, si is a quo exigebatur satisdatio, ex conventione tantum caverit, servandam esse conventionem. In stipulatione damni infecti dies debet esse insertus, intra quem si quid damni contigerit, cautio locum habet. *L. qui bona*, §. *ult. de damn. inf.* Verumtamen si sine diei adiectione stipulatio fuerit interposita ex conventione, scriptum est in *L. si finita, eod.* quandoque stipulatio fuerit commissa, ex stipulatu agi: *quandoque* pro quandocunque more veteribus usitato. In quibus omnibus formam stipulationis prætoriæ edicto constitutam conventione contrahentium ab initio mutari, et quidem utiliter mutari apparet. Sed quoniam dici potest hanc stipulationem esse iam a principio conventionalem, non prætoriam, eoque nullam prætoriam mutari, quia nulla præcesserit. Age, de prætoria, quæ iam constituta sit arbitratu et iussu Prætoris, dicamus. Hæc vero non minus quam conventionales omnes, consensu contrahentium mutari potest. Nam si conventio servanda est, cum ab initio convenit, ne dies interponatur: cur non servetur et tum, cum die stipulationi prætoriæ adiecto, iterum sine die cautum est ex conventione? An qui ab initio iuri pro se introducto renunciare potuit, is postquam stipulationem prætoriam partam habebit, non poterit? Sunt, qui negent posse; hac ratione videlicet, quia nec ex prætorio, nec ex solemni iure privatorum conventione quidquam immutari liceat; idque regula iuris efficitur. *L. nec ex prætorio, infr. de reg. iur.* At quam hoc, Deus bone, parum apposite! ibi enim immutatur quid ex prætorio et solemni, id est, publico iure, cum ius iubet fieri aliquid, aut fieri vetat; et quod iubet, non fit, aut fit, quod vetat. Horum ideo nihil conventione ratum est, quia est conventio contra ius. *L. contra, supr. de legi.* Iuri publico privatorum pactis derogari non potest. *L. ius publicum, supr. de pact. L. quod bonis.* §. 1. *supr. ad leg. Falc.* Idque edicto de pactis nominatim comprehensum est. *L.* 7. §. *ait prætor, sup. de pact.* At cum tribuitur quid alicui iure prætorio, aut aliis partibus iuris: ut in hoc genere prætoriarum stipulationum cum tribuitur alicui, ut possit satisdationem exigere ab adversario; cum tribuitur reo, ut nuda cautione possit defungi, cum tribuitur, ne in infinitum sine die teneatur, et quæ sunt similia: nihil hic ius iubet, aut vetat, sed tantum permittit. Ideo nihil fit contra edictum, nihil hic derogatur iuri publico, si is cui illa tribuebantur, adversus ea paciscatur. Denique non hic ius publicum erat, sed privatum, privati illius, cui tribuitur, caussa constitutum. Licet unicuique de re privata pacisci: licet iis, quæ pro se introducta sunt renunciare: licet denique iuris sui persecutionem paciscendo deteriorem constituere. *L.* 7. §. *si paciscar, L. pactum, supr. de pac. L. ult. C. eod.* Et cur in his prætoriis stipulationibus id ita fieri posse dubitemus, cum tot locis nominatim scriptum sit in his etiam quæ ex imperio et iussu Prætoris veniunt, licere unicuique de re privata et familiari pacisci, neque in eo videri quidquam fieri adversus edictum, aut imperium Præto-

toris? ut *d. L. 7. §. si paciscar, L. pacisci, supr. de pac. L. 1. §. potest, supr. de op. no. nun.* Quod si forma prætoriarum stipulationum edicto Prætorum constituta ex iure prætorio est et solemni, cui derogari non possit; an magis pactis privatorum ab initio mutari potest, quam postea? in totum enim iuri publico privatorum cautione derogari non potest, ut supra dixi. At ab initio hanc formam privata pactione mutari posse constat, ut docui. Nihil igitur in hac conventione adversus ius publicum neque ab initio, neque postea: proinde utroque tempore rata conventio. In quo iam eadem potestas stipulationis mutandæ perspicitur, quæ in conventionalibus stipulationibus: semper tamen maior, cum de Prætoris mutatione agitur: cum prætoriam stipulationem reformare Prætor possit, etiam uno invito ex litigatoribus: quo modo conventionalem non licet. Sed opponitur his omnibus *huic locus*. Verum an dubitamus eum ex his, quæ ostendi, quæ usque adeo certa sunt, esse interpretandum? et non dubitant ingenui interpretes: sed quam commode id fieri possit in verbis tam aperte scriptis, multi quærunt, neque ut mihi videtur, satis assequuntur.

17 † Ego sic non incommode dici posse existimo, quod Ulpianus ait in prætoriis stipulationibus nihil immutare licere, sic accipiendum esse, ut non liceat, non infinite, sed ulli alii quam Prætori: idque suppleatur non ex aliis locis, quod esset alienius, sed ex his quæ proxime præcesserunt: quam Ulpiani sententiam esse ex his apparet. Prius enim dixerat prætorias stipulationes legem accipere de mente, id est, ex mente, vel secundum mentem Prætoris: ubi Prætoris ἐμφωτικῶς dictum est, pro solius Prætoris, ut qui solus eas proposuerit: id nunc confirmat in his verbis: (in quo quid ad præcedentium confirmationem faciant, licet videre) idque hoc modo: Nom mirum, si hæ stipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, et Prætoris solius, non aliunde. Non mirum, si ex mente eius sunt æstimandæ: sunt enim in eius potestate. Argumentum est, quod in his nihil immutare licet, intellige, alii, quam huic ipsi Prætori, de quo dicimus. Aliter si interpretamur, Ulpianus secum ipse pugnabit: nam quomodo et ex mente Prætoris hæ stipulationes interpretandæ sunt, si ex mente eius ab initio mutari non possunt, ubi contra eius mentem aliquid omissum aut adiectum reperietur? Cum autem ad hanc coniecturam aliorum locorum auctoritas accedat, ex quibus constet Ulpianum in hac fuisse sententia, quam nunc dicimus, quin ille et hoc loco idem sentiat, minus dubitare debemus. Prætori ergo, ut dixi, licet immutare: alii non licet.

18 † Sed ex hac re incidimus in alteram reprehensionem. Non enim solum Prætori id licere statuimus, verum etiam aliis, nempe contrahentibus. Et fatebimur hoc ita esse; sed verba huius loci obstare negabimus. Observabimus enim Ulpianum non dicere, non licere remittere stipulationes Prætorias; ab his non licere conventione discedere: sed in prætoriis stipulationibus non licere quid immutare, addere, detrahere. Aliud est mutare aliquid in stipulatione prætoria, in ea addere, aut detrahere aliquid: aliud mutare stipulationem, et ab ea in totum recedere.

19 † Proprie mutari dicitur aliquid in prætoria stipulatione, cum ipsa stipulatione eadem manente, aut eiusdem modi, id est, manente prætoria, aliquid in ea immutatur. Alioqui non in prætoria dicatur mutari, sed extra prætoriam. Hoc autem Prætor facere intelligitur, cum ipse novam stipulationem de eadem re interponi iubet, quamvis aliqua ex parte immutatam. Sic enim fit, ut nova intelligatur esse, vetus non nihil immutata: scilicet quia nova et ipsa prætoria sit ab eiusdem Prætoris officio proficiscens; et sit de eadem re, et quod præcipue ad rem facit, quia sit a Prætore in locum prioris substituta. Hoc vero non ab alio fieri posse, quam a Prætore concedimus: quod hic locus dictat.

20 † At cum nova stipulatio prætoriæ subiecta alia est, et alius generis: quod fit, cum a litigatoribus communi consensu prioris corrigendæ caussa interponitur, ubi nova non prætoria est, sed conventionalis: hic non tam dicatur in prætoria, quæ præcessit, immutari aliquid, quam ipsa stipulatio prætoria immutari; quoniam penitus ab ea receditur, manetque sola conventionalis. Porro mutare stipulationem prætoriam consensu, id est, consensu et novandi animo sic ab ea discedere, ut nulla sit amplius prætoria, hic locus non vetat. Nimis anguste, nimisque subtiliter proprietatem verborum hic rimamur, dixerit aliquis. Sed quid mirum, si adversus eos, qui verbis tantum certent, et nos proprietate verborum pro vera sententia pugnemus? Nobis satis est, si efficimus quoquo modo, ut intelligatur, verba huius loci urgentibus ne verba quidem ipsa adversus superiorem sententiam, quam ex aliis locis verissimam esse constet, prodesse posse.

Ad §.

Ad §. Si quis vacuam.

Si quis *vacuam possessionem tradi* promiserit: non nudum factum hæc stipulatio continebit, sed caussam bonorum.

SUMMARIA.

1. *Factum nudum quid.*
2. Caussam bonorum *I. C. quid vocet, et quæ huius loci sententia. et* n. 10.
3. *Vacuam possessionem tradendo an proprietatem transferri oporteat, an vero satis sit præstare, ut stipulatori rem sine interpellatione obtinere liceat, et* n. 8.
4. *Stipulatio hæc*: vacuam possessionem tradi, *cum illa*, rem tradi, *collata.*
5. L. 3. §. 1. supr. de act. empt. *lectio, eiusque declaratio*, et n. 7.
6. *Stipulatio hæc*: fundum dari, *non continet*, vacuam possessionem tradi.
9. *Stipulatio* vacuam possessionem tradi, *an fructus contineat.*
11. L. 4. supr. de usur. *explicatur, et opinio quorundam propter vacui appellationem ex stipulatione Papiniano ibidem proposita fructus præstari contendentium refellitur.*

HÆC stipulatio, *vacuam possessionem tradi, non nudum factum continet,* inquit Ulpianus, *sed caussam bonorum.* Verba paulo obscuriora; ea ad sententiam
1 eruendam nobis paucis aperienda sunt. † Et factum apparet vocare eum traditionem; de hac namque comprehensum est stipulatione; nudam vocat, solam: quomodo nudus consensus dicitur in *L. qui ad certum, supr. loca.* nuda conventio. *L. 1. supr. de pig. act.* nuda scientia in *L. 1. §. licet, vers. in re, supr. de exer. act.* Est autem nuda et sola traditio, quæ præter traditionem corporis nihil habet; quæ nihil iuris transfert in accipientem ad possessionem traditam retinendam. Hanc ergo negat hac stipulatione contineri: id est, negat promissorem ita liberari, si possessionem rei tradat, neque præterea quidquam in iure habendæ rei in stipulatorem transferat. Sed est amplius, quod illi ex hac stipulatione debet præstari, id quod hæc stipulatio continet; ipse vocat caus-
2 sam bonorum. † Caussa, cum de re aliqua præstanda agitur, accipi potest varie; sed videndum est, quid huic loco conveniat. Caussam bonorum etiam nominat Ulpianus in *L. 1. §. hæc actio, infr. si is qui test. lib.* esse ius. erit. *Plenius* enim, inquit, *caussam bonorum hic accipimus pro utilitate, hic*, idest, in hoc edicto, eo scilicet, quod interpretabatur; in eo autem edicto bona appellata erant a Prætore, non caussa bonorum, ut constat ex ead. L. 1. *in pr.* ita caussam bonorum illic vocat Ulpianus aut bona ipsa, aut appellationem et verbum bonorum; ut sit caussa, in qua de bonis seu de appellatione bonorum agitur. Hoc modo caussam bonorum hic accipere non possumus. hæc enim stipulatio, vacuam possessionem tradi, etsi eam traditionem forte requirat, quæ afferat bona: ipsum tamen factum, atque hanc traditionem proprie continet, non bona. Neque enim eadem sunt, res, et facta; sed hæc in stipulationibus toto genere distinguuntur in §. *ult. Inst. eod.* Est etiam, cum caussa præstanda esse dicitur, caussa, inquam, absolute, non caussa bonorum. Ubi caussam interpretantur veteres, omne quod habiturus esset petitor, si tempore litis contestatæ res restituta esset. *L. præterea, supr. de rei vind. L. cum fundus, supr. si cert. pet.* Sed hoc sensu caussam bonorum hic accipi, neque ratio verborum, neque natura stipulationis patitur. Illic enim caussa nominatur, ut sit id quod post litem contestatam versatur in caussa, et lite de qua agitur: hic de eo agitur non quid lis, sed quid stipulatio contineat. Illic iubetur præstari id, quod petitor habiturus esset ex tempore solum litis contestatæ, si res eo tempore restituta esset: hic quæritur, quid contineat stipulatio in sese et ante litem contestatam, et statim, ut peti possit: non quid contineat petitio post litem contestatam, ut in id sententia Iudicis condemnari possit. Quid ergo est et quid in usu communi vocemus causam alicuius rei, notum est: sic enim appellamus causam efficientem illius rei, seu id quod facit, ut illa res sit. Isto vero modo causam bonorum hoc loco accipere debemus. In quo parum sit verbi usum et proprietatem sequi, nisi hoc non magis rei natura, quam præcedentium verborum ratio a nobis exigat. Cur enim Ulpianus facto nudo opponat causam bonorum; non constabit antithesis, nisi causæ bonorum verbo intelligimus factum et traditionem non nudam: quæ autem sit, si quæratur, explicat, et id factum, eamque traditionem in-

intelligere se dicit, quæ sit causa bonorum, id est, quæ sit causa efficiens bonorum: quibus verbis eam traditionem exigit, quæ efficiat, ut res tradita esse incipiat in bonis stipulatoris. Est ergo huius loci hæc sententia; hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, non contineri, ut promissor rem solum tradat, ut cum semel tradiderit, liberetur, nec teneatur postea, quamvis res ei evicta fuerit: sed ut ita tradat, ut res tradita sit in stipulatoris bonis, quo ei rem habere, eaque frui liceat; ut est ius cæterarum rerum, quàs præter pignus in bonis habemus: id vacuæ traditionis appellatione contineri constat ex *L.* 2. §. *ult. et L.* 3. *in pr. supr. de act. em.* Hactenus, quid sit continere causam bonorum: Sed hoc ipsum etiam nunc dubium, quid contineat hæc definitio: id est, quid eum præstare oporteat, a quo exigitur, ut efficiat, ut res sit in bonis accipientis. In quo duo quæruntur. Unum, quod pertinet ad ius habendæ rei eius, de cuius possessione tradenda agitur. Alterum, quod pertinet
3 ad ius fructuum inde quærendorum. † In iure rei habendæ quæritur, utrum ita efficiendum sit ex hac stipulatione, ut res sit in stipulantis bonis, ut propterea in eum proprietatem transferre oporteat, an vero satis sit stipulatori præstare, ut ei rem sine interpellatione obtinere liceat, ut solet præstari bonæ fidei possessoribus, quibus adversus omnes præter dominum rei consistere licet Publiciana actione. *L. ult. supr. de public. in rem. act.* quibus duobus modis aliquid haberi dicitur. *L. habere, infr. de ver. sig.* Et dicendum est hoc posterius sufficere, neque id ob aliam causam, quam quod nihil amplius exigatur ex hac stipulatione, quam ut res tradita esse incipiat in stipulantis bonis. Ut enim si de eo non agitur, ut res sit pignori, aut vectigalis, aliter ea res in bonis cuiusquam esse non potest, quam si aut is rei dominus fiat, aut transferatur in eum habendi et usucapiendi conditio, id est, ex iusta causa pro suo et bona fide possideat: ita utrum horum contingat, nihil interest, ut res in bonis accipientis esse intelligatur. *L. bonorum, infra, de verbor. signific.* Sic enim rem in bonis nostris habere intelligimur, cum aut possidentes exceptionem, aut amittentes ad eam recuperandam actionem habemus, ut est Modestini definitio in *L. rem in bonis, supra, de acq. rer. do.* At re bona fide possessa proposita est edicto Prætoris possessori in rem actio quæ Publiciana appellatur, qua rem, cuius possessione excidit, vindicet ab omnibus possessoribus, et auferat non secus, quam si esset dominus, §. *namque, Instit. de act. L. quæcunque, supra, de publ.* Nam vero domino in rem actionem Iure Civili esse constitutam constat, §. 1. *et* §. *sed istæ, et d.* §. *namque, instit. de action. L. in rem, supra, de rei vind.* Quod si ita est; satisfecit haud dubie stipulationi is, qui cum hoc præstare deberet stipulatori, ut res inciperet esse in eius bonis, rem ei ex iusta hac causa tanquam suam tradidit, effecitque hoc modo, ut eam ille pro sua, idest, sine interpellatione obtineret: sic enim consecutus est stipulator, ut rem haberet in bonis, etsi non in dominio: in bonis autem ut res esset, exigebatur, non ut in dominio. Quibus consequens est, ut quandiu stipulatori res ex hac stipulatione tradita evicta non erit: tamdiu cum promissore ex stipulatu agi non possit ob rem alienam traditam; etsi maxime moveretur stipulatori de proprietate eius rei controversia, aut ultro ipse paratus esset probare rem esse alienam: sic enim licet stipulatori rem habere, si ei non evincitur. *L. habere, supra, de evict.* Neque porro ex hac stipulatione amplius ei præstandum est, quam ut ei habere liceat. Nam et ex causa emptionis vacua possessio emptori tradi debet: *L.* 2. *Cod. de acq. poss. L.* 2. §. *ult. supra, de act. empt.* Neque tamen venditorem amplius ei quicquam præstare oportet, quam ut illi rem habere liceat. Denique non nisi re evicta ob evictionem tenetur. *L. exempto, L. servus quem,* §. *ult. supra, de act. empt. dict. L. habere, de evict.* Ex quo apparet errare eos, qui, quia hic dicitur stipulationem propositam continere caussam bonorum, ideo stipulationem sic accipiunt, quasi ex ea proprietatem dari oporteat. Sed dupliciter mihi errare videntur, qui huic loco opponentes *L. si rem tradi, supr. eod.* in qua negat Paulus hac stipulatione, *rem tradi*, hoc contineri, ut proprietas detur: hoc afferunt ad obiectionis solutionem, ut agnoscant quidem in hac altera, vacuam possessionem tradi, diversum hic statui ab Ulpiano; sed eo fieri dicant, quia dissimiles hæ sint stipulationes, multoque plus contineat vacui appellatio, quam simplicis traditionis: quorum utrumque falsum
est. † Nam etsi concederemus has stipu- 4
lationes cæteris in rebus esse dissimiles, et hanc posteriorem *vacuam possessionem tradi*, esse uberiorem: tamen hoc tenendum est, in proprietate transferenda, de qua quæritur, non differre. Effectum est

enim

enim etiam ex hac posteriore hactenus teneri promissorem, ut rem stipulatori habere liceat, non autem ut eius faciat, similiter ut in emptione fieri scriptum est in *d. L. servus*, §. *ult. supr. de act. empt.* Quo declaratur non fuisse necesse in huiusmodi aliqua ratione differentiæ investiganda laborare in ea re, in qua inter istas stipulationes optime conveniret. Nunc autem ut intelligatur eam frustra quæri, quæ nulla est, non tantum in hoc effectu stipulationis, sed etiam in cæteris: aio has stipulationes duas, Rem tradi, et Vacuam possessionem tradi, verborum conceptione nonnihil dissimiles: vi et potestate esse easdem, planeque idem continere, sive genus facti spectes, quod promittitur; sive definitionem Ulpiani hoc loco traditam de posteriore. Ergo posterioris hæc conceptio est, non ut res tradatur solum, sed ut tradatur vacua possessio. Atqui his verbis. Rem tradi, hoc idem continetur, nec videtur tradidisse, qui vacuam possessionem non tradidit. Huius sententiæ certissimum argumentum est in emptione et venditione: in qua cum venditor hactenus obligetur emptori, ut rem tradat, neque amplius, cum de possessione rei agitur: *L. ex empto*, *in prin. et* §. *venditorem*, *supr. de act. em.* tamen in hoc etiam eum teneri constat, ut vacuam possessionem tradat. Hoc quidem convenit teneri eum, ut emptori habere liceat *L. ex empto*, §. *venditorem. L. servus*, §. *ult. supr. de act. empt.* Et cui alii habere licet, nisi ei, qui possessionem ab omnibus iustis interpellatoribus vacuam obtinet? nam cui quid minuitur ex iure rei distractæ, ei habere, non licet. *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *supr. eod.* Vacuam igitur hanc traditionem esse oportet in emptione. Atque hinc quæstio, quando vacua possessio emptori tradita intelligatur: emptori, inquam, non stipulatori, in *d. L.* 2. §. *ult. de act. em.* supervacua, nisi in emptione traditionem talem esse oportuit. Hinc cautio in servitute empta constituenda, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat; tantum ideo a veteribus introducta, quod nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, ut est in *L. ult. supr. de ser. L.* 3. §. *si iter*, *supr. de act. em.* Id autem valet, quia in huiusmodi iure nulla esset talis traditio, qualem in rebus emptis ex empto esse oporteret: ea est autem vacua traditio. Et quid opus est verbis? in *L.* 2. *C. de acq. poss.* in vacuam possessionem inductum esse emptorem, et traditam esse ei possessionem, pro eodem usurpantur. Quinimo ex eo, quod emptor sciente venditore in possessione rei fuit, illic colligitur satis emptorem in vacuam possessionem inductum videri. Hoc amplius, cum eo rescripto respondeatur emptori non esse, quod quæratur, quasi in vacuam possessionem inductus non sit, et cur etiam nunc se induci postulet; cum possessio sit ei tradita, aut certe sciente venditore sit in possessione; satis evidenter declaratur, nisi quid horum duorum posteriorum fuisset, iuste illum desideraturum fuisse ex causa empti, ut in vacuam possessionem induceretur: cui tamen iudicio empti solum rem tradi debere diximus. Continetur igitur vi ipsa in utraque conceptione genus facti idem; postquam utrobique vacuæ possessionis traditio continetur. Quid autem de hac stipulatione, vacuam possessionem tradi definit hoc loco Ulpianus? hanc nimirum continere caussam bonorum, idest, ut docuimus, hoc continere, ut sic promissor rem tradat, ut stipulatori eam habere liceat, non autem ut eius faciat. At his verbis, Rem tradi, plane hoc ipsum continetur. Argumento est eadem emptio et venditio, in qua cum, ut dixi, venditor in id obligetur, ut rem tradat: idcirco exigitur ab eo: ut sic rem tradat, ut res sit in emptoris bonis: non quidem ut rem eius faciat, sed ut ei habere liceat, *d. L. servus*, §. *ult. de act. empt.* Neque hoc quisquam fieri putet singulari aliquo iure in emptione. Non enim propter emptionem id efficitur, sed ex eo, quod venditoris hæc obligatio est, ut rem tradat, ut Paulus declarat in *d. L. ex empto*, *supr. eod.* his verbis: *et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet*, *idest*, *tradere*: *quæ res si quidem dominus fuit venditor*, *facit et emptorem dominum*: *si non fuit tantum evictionis nomine venditorem obligat. Quæ res*, inquit; idest, quod tradere, sive quæ traditio facit, ut si venditor dominus non fuit, non in id obligetur, ut dominium in emptorem transferat, quod traditionis verbo non continetur; sed ut obligetur evictionis nomine, idest, ita, ut præstet emptori habere licere; ut sic, cum rem ei habere non licebit, idest, cum evicta erit, venditor ex empto teneatur, tanquam qui obligationi de re tradenda non satisfecerit. Quod igitur placet venditorem ita teneri, traditionis hæc vis est, qua tenetur non emptionis.

Hæc † ego scripsi diligentius propter 5
eos, qui lectionem Pandectarum Florentinarum sequi volent in *L.* 3. §. 1. *supr. de act. em.* ubi ita scriptum est; *Quia et*

qui

qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur. Quæ sententia ad confirmationem eorum de quibus diximus, nihil facit. Cæterum si vulgarem aliorum exemplarium lectionem sequimur, quomodo et legisse Bartolum ex scriptis eius in eum locum apparet; res confecta est: expressa est enim in illis ea sententia, quam posuimus de stipulatione, Rem tradi. Verba hæc sunt. *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non veniunt in eam actionem, quia et qui fundum tradi stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere intelligitur.* Ego autem ita legendum esse contendo, *non dari*, duabus de caussis. Una, quod sententia falsa est, ut quidem ego sentio, stipulationem hanc, *fundum dari*, continere, *vacuam possessionem tradi.* Altera, quod verba Pomponii, quæ sequuntur, stipulationi dandi non conveniunt: stipulationi rem
6 tradi, optime. † Aio eum, qui stipulatur fundum dari, non intelligi stipulari, *vacuam possessionem tradi.* Primum repugnat significatio dandi: dare enim est dominium transferre. §. *sic itaque*, *Instit. de ac.* Itaque qui promisit se daturum, ut in hoc tenetur, ut rem omnimodo faciat stipulatoris: *L. ubi*, §. *ult. infr. eod.* ita dominium in eum transferendo liberatur; utpote solvendo, quod debuit, ut est regula iuris, Solutione eius quod debetur; tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. ob. in pr.* At dominium fundi interdum transferre dominus potest, etiam si, non dico possessionem vacuam non tradat; sed non tradat ne possessionem quidem. Quid enim, si fundus ab alio bona fide possideatur? quamvis promissor stipulatorem corpore induxerit in fundum eo animo, ut eum dominum faceret: non efficiet tamen, ut eo magis stipulator fundum ab alio possessum possidere incipiat; quoniam duo eandem rem in solidum possidere non possunt: *L.* 3. §. *ex contrario*, *supra*, *de acq. poss.* attamen dominium in eum transferet. *L. si fundum*, *supra*, *de fun. dot.* de quo alias: proinde et eo facto liberabitur. Quod si liberatur, consequens est non contineri hoc stipulatione dandi, ut possessionem tradat, nedum vacuam. Repugnat præterea natura et conditio harum stipulationum, fundum dari, et vacuam possessionem tradi. Illa enim dandi certa est: hæc possessionis tradendæ incerta, ut diserte scriptum est de utraque in *dict. L. ubi*, *infra*, *eod.* De priore quidem in §. *ult.* de posteriore in §. *quid id quod.* Sunt autem hæc contraria, certam esse, et esse incertam; quapropter qui unum stipulatur, alterum stipulari non intelligitur. Demus tamen per se vere dici, eum, qui fundum dari stipulatur, vacuam possessionem tradi stipulari intelligi: attamen exemplum verbis Pomponii non congruit. Sic enim postea scribit: *neque rursus plus debet esse in stipulatione*: † ubi 7
legendum esse apparet, *in hac stipulatione.* Hoc enim dicit; neque rursus plus debet esse in hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, quam in illa, cuius argumento utitur: sive ea est, *fundum dari*, sive ea, *fundum tradi.* Hæc verba de ea stipulatione recte usurpantur, quæ continet tantumdem. Cum enim hoc posueris contineri tantundem, quia dubitari adhuc potest, an plus etiam contineat; recte adiicitur hæc sive correctio, sive temperamentum, ut dicatur; continet quidem tantumdem hæc stipulatio: sed rursus plus in ea esse non debet. At si stipulatio multo minus continebit; non potest nisi obscure dici, et infra dignitatem earum stipulationum, de quibus agitur, et maxime infra eam vim argumenti, quæ in hac comparatione esse potuit, si ita dicatur; *neque rursus plus debet esse in hac stipulatione*: cum ad vim argumenti, et ad significationem stipulationum exprimendam ita dicendum esset; tantum autem abest, ut plus debeat esse in hac stipulatione, ut constet multo esse minus. Vel hoc modo; absurdum est autem dici plus esse in hac stipulatione, quæ contra multo minus continet. Porro aperte multo plus continet stipulatio illa, *fundum dari*, quam hæc, *vacuam possessionem tradi*: si modo ita statuimus eum, qui stipulatur fundum dari, etiam vacuam possessionem stipulari videri. Hæc enim, vacuam possessionem tradi, dominii translationem non exigit, ut supra probavimus: illa exigit, et quidem præter dominium possessionem, quam illa contineri diximus. Quod si stipulationem, Fundum tradi, hic accipiemus; eritque hæc definitio, eum, qui fundum tradi stipulatur, intelligi stipulari, vacuam possessionem tradi: tum demum eveniet, ut recte et apposite dicatur utraque tantundem continere: neque tamen rursus plus una, quam altera. De hac igitur scripsisse Pomponium existimandum est, non de altera. Sed de vi stipulationis Rem tradi satis diximus, quod ideo feci hoc loco pluribus, non solum quia ad explicationem propositæ stipulationis maxime pertinet; sed etiam quia pertinet ad interpretationem. *L. si rem tradi*, *supr. eod.* cuius tractationem in hunc lo-

8 locum reiecimus. † Quæ si vera sunt; iam in hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, non contineri, ut proprietas detur, pro uno duo loci confirmant: hic, et dicta *L. si rem tradi.* Hic quidem ideo; quia exigit solum ex hac stipulatione, ut res tradita sit in bonis stipulatoris; potest autem in bonis esse, ut non sit in dominio. *Ille* autem ideo; quia proprietatem dari non oportere aperte definiens in stipulatione Rem tradi, simul quid in hac altera dicendum sit, ostendit; postquam et illa, Rem tradi, hoc ipsum continet, ut vacua possessio tradatur. Tantum abest, ut in locis usque adeo consentientibus rationem aliquam differentiæ quærere, aut in ea invenienda laborare debeamus. Atque hæc de iure habendæ rei, quod primum ex hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, præstari oporteat, dicta sunt.

9 † Alterum, ut dixi, quæsitum est de fructibus postea captis, an et ii hac stipulatione contineantur. Quod definitione huius loci effici videtur, exigit enim definitio, ut res ex hac stipulatione tradita efficiatur in bonis stipulatoris, vel dominio in eum translato, vel translato eo iure; quod bonæ fidei possessorum est, ut ei rem habere liceat. Utrumvis autem factum erit, fructus consequuntur, fiuntque eius, cuius in bonis ex his caussis res esse cœperit. Sive enim fundus in dominio est, fructus percepti sunt domini, qui eum fundum possidet: *L. qui scit*, *supr. de usur.* Sive bona fide ab alio possidetur; fiunt fructus bonæ fidei possessoris: dicta *L. qui scit*, §. 1. Quis dubitet igitur bonis positis, et iure habendæ rei constituto, etiam ius fructuum quærendorum, quod bonis est adiunctum, contineri? Et hoc quidam ex hoc loco defendunt: quod ferri posset, nisi quid de hac re sequeremur, clare traditum esset in *d. L.* 3. §. 1. *supr. de act. empt.* Atqui illic de hac re hæc Pomponii definitio est: *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem.* Et ne quis hoc temere, nec satis explorata ratione dictum putet, certo argumento confirmat: *quia etsi quis stipulatus esset vel fundum dari*, ut est in Pandectis Flor. *vel fundum tradi*, ut est in aliis exemplaribus, *fructuum præstatio ea stipulatione non continetur.* Neque vero plus esse debet in hac stipulatione. Recte. Si enim conferatur cum illa, *fundum dari*, minus continet: Si cum illa, *fundum tradi*, continet quidem tantundem; at certe non amplius: quoniam et qui simpliciter stipulatur rem tradi, idem et vacuam possessionem tradi stipulari intelligitur: ut utrovis modo legamus, idem semper utrobique efficiatur. Sed quoniam in dubium revocari potest, quod Pomponius sumit, in stipulatione nimirum, vel *fundum dari*, vel *fundum tradi*, contineri ut vacua possessio tradatur: ne quis sumatur in eo non necessarius probandi labor, nihil erit melius, quam superioris sententiæ de fructibus confirmandæ caussa sumere id, quod omnium veterum sententiis receptum est. Si quis nimirum fundum dari stipuletur, fructus postea captos in stipulationem et actionem ex stipulatu non venire, etiam si mora facta sit. *L. videamus*, §. *si actionem*, *supr. de usur. L. si filiusfamil.* §. *ult. infr. eod.* Semper enim hoc constare debebit, multo magis dominii appellatione fructus contineri, quam cuiusvis possessionis, quantumvis iustæ et vacuæ: proindeque multo citius fructus ab eo præstari debere, qui se daturum, idest, dominium translaturum promittit, quam ab eo, qui se promittit, aut traditurum tantum, aut etiam vacuam possessionem traditurum; si quidem fructus emolumentum rei continet et quodammodo pars est; ac sine eo iure dominium transferri non intelligitur: *L. Mævius*, §. *penul. sup. de legat.* 2. L. 4. *sup. de usufr.* non item pars est possessionis etiam vacuæ; multi enim possident, qui fructus suos non faciunt; ut sunt, qui mala fide possident. Sed etsi bonæ fidei possessores sint; non ideo tamen fructus eorum fiunt, quia iustæ possessionis emolumentum aut partem continent: sed quia visum est æquum esse, fructus his tribui pro opera et cultura, §. *si quis a non domino*, *Instit. de rerum divis.* et ideo bonæ fidei possessores non omnes fructus suos faciunt: sed illos tantum, quos suis operis acquisierint; non item eos qui ex facto eorum non nascantur. *L. fructus*, *supra*, *de usur.* Quamobrem sic recte colligetur: Cum quis se fundum daturum promisit, etsi ad fructus etiam acquirendos plus momenti habet dare, quam tradere: tamen fructus postea capti ex ea stipulatione præstari non debent, quia nec stipulatione continentur. Multo ergo minus præstandi sunt, multoque minus continentur stipulatione, si quis se promiserit traditurum tantum: quantumvis se vacuam possessionem traditurum promiserit. Hoc ex conditione, inquam, si modo in stipulationem, *fundum dari*, fructus non veniant: quod quam verum sit, quæremus diligentius ad dictam *L. filiusfamil.*

mil. §. *ult. infra.* Nunc hoc concesso, quod pro confesso sumimus, quin idem probandum sit in hac etiam stipulatione, Vacuam possessionem tradi, dubitari non oportet. Sed opponitur isti sententiæ et hic locus, et præterea. *L.* 4. *supra*, *de usur.* Nam et bona contineri hic traditum est; in quibus sunt fructus; et in *d.* L. 4. *de usur.* diserte scriptum est in hac stipulatione, Rem dari, Vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos contineri, ut et actione ex stipulatu peti possint, idque propter inferiora verba, *vacuam possessionem tradi.* Nec vero dubitant nonnulli. quin et Ulpianus hoc loco, et Papinianus in *d. L.* 4. a Pomponio, cuius est superior illa sententia aperte dissenserint: qua ex re factum sit, ut dissidentes hoc loco et contrariæ veterum sententiæ nobis relictæ sint in Pandectis. Atque ita rem se habere, adeoque perspicuum id esse usque eo illis probatur, ut non dubitent ingenuos pronunciare, qui fateantur; ambitiosos qui dissimulent. Ego autem quod bona venia illorum facere liceat, ingenue dico, et ut sentio, nullam me animadvertere in his locis duobus dissensionem, quæ pugnet cum sententia priore. Plus dico, nihil me in his animadvertere eiusmodi, quod postquam attendi, mihi videatur non dico iam tantopere difficile, sed non admodum etiam proclive ad explicandum. Fieri potest, ut quod res est, non videam, in eoque errem, quod putem me videre; sed si quid erit huiusmodi, tarditatis meæ error hic fuerit: ambitionis quidem certe non erit: a qua cum aliis in rebus omnibus procul abesse cupio, et præsertim cum de vero defendendo agitur, ut veri amantes decet: tum vero me in hac quæstione quam longissime abesse profiteor. Sed a personis removentes orationem, quæ ad rem nihil pertinet, de re videamus. Ac primum de hoc loco respondebo. *Hæc stipulatio*, *vacuam possessionem tradi*, *continet*, inquit Ulpianus, *caussam bonorum*: bonis autem fructus sunt adiuncti: ea enim bona hic intelliguntur, ut diximus, quorum fructus ad possessorem pertinet: ergo et fructus hac stipulatione continentur. Non recte colligitur: et in promptu exemplum est, quod ita esse declarat. Nam et cum stipulati sumus, *fundum dari*, hæc stipulatio non nudam traditionem continet, sed omnium maxime causam bonorum: hoc enim exigit, ut res efficiatur stipulatoris: id autem maxime in bonis, quod est in domino. *L. bonorum*, *infra*, *de verbor. significat.* et quod in ea causa est, eius fructus præcipue ad dominum pertinent: neque tamen ideo fructus ea stipulatione continentur, ut dixi. Sed quoniam

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

Potestque dici itidem ut in priore de qua quærimus, sic et in hac stipulatione, *fundum dari*, non recte fieri, quod his fructus non contineri constituatur; cum bonis utrique stipulationi attributis consequens esse videtur, ut et his fructus, qui bonis insunt, tribuantur: dicam, cur non videatur esse consequens, quod pariter ad utramque stipulationem defendendam pertineat. Bonis, inquimus, fructus sunt adiuncti: seu fructus propter bona acquiruntur ei, cuius in bonis res est, ut fundus. Concedo ita esse: sed per consequentiam fundi in stipulatum deducti hoc fit, quoniam fructus fundi sunt accessiones: cæterum principaliter solus fundus in stipulatum deductus est, non fructus. Hoc efficit, ut nec simpliciter videatur fructus in stipulatum deductus, nec omnino peti possit ex stipulatione: duabus de caussis. Primum quia in rebus gerendis id fieri solum dicitur, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. *L.* 1. *supra*, *de auct. tut.* Deinde quia si per consequentiam fundi fructus veniunt; consequens est ante, quam fundus stipulatoris factus sit, nec fructus accedere; quia fructus sine re, cui accedit, esse non possit. At fructus non fit stipulatoris ante, quam datus fuerit. Proinde nec ante id tempus fructus accedet; neque ex stipulatione, quia fundus solus in stipulationem deductus est; neque per occasionem et accessionem fundi traditi, quia fundus ante stipulatoris non fuit, ut fructum iure dominii posset petere: et ideo placet etsi mora facta sit, tamen fructus ex stipulatu actione veti non posse. *L. videamus*, §. *si actionem*, *supr. de usur.* Scilicet quia mora perpetuat obligationem, quæ fuit; non item constituit novam. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. eod. L. centum*, *supr. de eo quod cer. loc.* Iam autem fructus in obligatione non fuisse diximus. Quibus consequens erat, ut nec post litem contestatam perceptos præstari oporteret, postquam omnino stipulatione non continentur: quam et Proculianorum sententiam fuisse coniicere possumus ex *d. L. videamus*, §. *si actionem*, *de usur.* Verum *Sabinus et Cassius ex æquitate fructus quoque post acceptum iudicium præstandos putant*, ut ibidem Paulus scribit, *ex æquitate* dicit, ut sciamus secundum verba stipulationis contra dicendum esse. Sabinum autem, et Cas-

Cassium nominatim appellat huius sententiæ auctores, dum hoc vult intelligi, diversæ scholæ auctores in contraria sententia fuisse. Quod non alia de caussa factum est, quam quod verba stipulationis et ius strictum in stipulatione retinendum putarent: et hoc recte statuerunt usque ad litem contestatam: lite autem contestata, aliud ratio iudicii postulat. Hac responsione nihil puto dici dilucidius, aut verius: certe nihil est ad illam veterum sententiam statuendam convenientius: ut si quod hic verum est, his rebus tueamur, non metuam apud æquos et ingenuos iudices, ambitionis suspicionem. Sed video, unde iis error natus sit, qui hunc locum superiori sententiæ contrarium putant. *Caussam bonorum* hoc loco sic interpretantur, ut contineantur eo verbo fructus et partus non minus, quam res ipsa, quæ tradi, aut dari debuit: atque ita ratiocinantur: caussa bonorum, inquiunt, est omne id, quod habiturus esset stipulator, si res tradita fuisset. Porro habiturus fuisset fructus et
10 partus: ergo hi venient. † Minime vero caussa bonorum est id omne, quod habiturus esset stipulator, si res tradita fuisset. Nam si intelligunt, quod verba significant, omne, id quod stipulator habiturus esset, non quod habere posset, definitio aperte falsa est. Sic enim eveniet, ut præter nudam detentionem nihil consequi stipulator debeat ex hac stipulatione, si promissor non fuerit dominus, et scienti rem alienam tradiderit: ab huiusmodi enim promissore quid præter nudam et corporalem possessionem transferatur in stipulatorem, nihil est. Quanquam et hoc casu res adversus eos concludetur. Tum enim quamvis re tradita fructus stipulator non haberet. Proinde ex definitione nec stipulatione contineri intelligantur: atque isto modo fiet etiam, quod est longe absurdissimum, ut mitius agatur cum eo promissore, qui sciens rem alienam promiserit quam cum eo, qui aut fuerit fundi dominus, aut bona fide possederit. Sin intelligunt omne, non quod haberet re vera, sed quod habere posset stipulator: multo magis falsum est id hac stipulatione contineri, aut caussa bonorum. Habere enim potuit proprietatem, re tradita, si promissor esset dominus: hanc vero stipulatione non contineri abunde supra probavimus. Quod si non continetur proprietas, quæ una res est ex iis, quæ in bonis numerantur; cur adeo mirum est, si negemus iisdem verbis et fructus contineri, etsi hi aliquando haberi possint? Sed ad definitionem refellendam, satis est dici non omne quod stipulator habere potuit re tradita, id hac stipulatione contineri: quod recte dicitur, si vel in una aliqua re id accidat. Quod si potius intelligunt omne id quod stipulator habere deberet, si res ei tradita fuisset; id dicunt, quod est multo obscurius, quam illud quod definitur: semper enim dubium erit, quid stipulatori debeat præstari: quod multo incertius est, quale sit, quam quid sit caussa bonorum. Et tamen hoc ipsum pro nobis facit, vel potius pro veteribus omnibus. Dicemus enim his verbis stipulatorem habere solum debere fundum, non etiam fructus fundi ante perceptos: quia non sunt fundus, neque si separati sint: pars fundi. De separatis autem et perceptis loquimur; ac fundus tantum in stipulatum deductus est, nihil præterea. Licet et de tota antecedente parte argumentationis breviter respondere, adhibita distinctione, qua fiat alterutrum omnino, ut vel propositio falsa sit, vel assumptio. Aut enim *habendi* verbo intelligi volunt, quod stipulator habiturus esset ex stipulatione principaliter, si res tradita fuisset: aut quod habiturus esset non tantum principaliter, sed etiam per consequentiam et occasionem rei traditæ. Si quod principaliter: admitti potest hoc sensu vere dici *caussam bonorum* esse omne id, quod stipulator habiturus esset ex stipulatione. Id enim ipsum est re vera, quod continetur stipulatione dandi, aut tradendi, et quod ex hac stipulatione peti posse Ulpianus intelligit. At hoc sensu falsum est, quod sumunt, stipulatorem habiturum fuisse fructus et partus, si res ei esset tradita. Neque enim fructus et partus haberet principaliter, quia stipulatione deberentur; sed quia fundum haberet ex stipulatione, cuius fundi accessiones sunt fructus. De fructibus autem quæritur, ad quos isto sensu propositio non pertinet: assumptio ita pertinet, ut aperte falsa sit. Quod si intelligunt id quod stipulator habiturus esset etiam per consequentiam; vere quidem dicetur hoc sensu, quod illi sumunt: stipulatorem habiturum fuisse fructus et partus, si res tradita fuisset; quoniam hi fundo tradito dominum aut bonæ fidei possessorem secuti essent: sed falsa erit propositio, ut dicatur *caussa bonorum* id esse, etiam quod habiturus esset stipulator per consequentiam rei traditæ, quales sunt fructus, aut partus: hæc enim nec in stipulatum deduci, nec stipulatione vacuæ possessionis tradendæ contineri satis supra osten-

ostendimus; id autem solum in caussa bonorum numerandum est, quod stipulatione continetur. Postremo meminerimus eius, quod initio pluribus docui, *caussam bonorum* Ulpiano hic intelligi, non res, non bona, non quod est in bonis, aut ex bonis; sed factum, idest, traditionem, qua fiat, ut res de qua cautum est, tradita, sit in bonis stipulatoris: hoc sensu res est expedita. De fundo enim tradendo cautum est, non de fructibus. Proinde ut fundus efficiatur in stipulatoris bonis, non etiam ut fructus, stipulatione, et hac traditione, quæ caussa bonorum dicitur, continetur. Quo posito, tota ista definito contraria, simul et argumentatio sua sponte concidit.

11 † Quod attinet ad *L. 4. supr. de usur.* si paulo diligentius, quid illic et qua in stipulatione dicatur a Papiniano, attendere volemus, reperiemus non modo nihil illic contrarium, sed nec quidquam magis superiori sententiæ consentaneum dici potuisse. Papinianus ait in stipulatione fundi, fructus postea captos stipulatorem actione ex stipulatu consequi posse. At qua in stipulatione? non utique in stipulatione, *rem dari*, quæ per se sit: non etiam in stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, quæ item sola sit: sed in ea stipulatione, quæ utramque conceptionem coniunctam in se habeat, *Rem dari*, *Vacuamque possessionem tradi.* Vel hinc facile licet colligere, confirmare Papinianum, quod supra de singulis hisce conceptionibus constituimus. Hoc enim eum sentire, neque in stipulatione fundum dari, neque in stipulatione vacuam possessionem tradi, si unaquæque per se sola spectetur, fructus postea captos contineri: alioqui supervacuum erat duas has conceptiones in eadem stipulatione proponere, ut ex his de rei promissæ fructibus responderetur, si ad fructuum præstationem una ex his, quæ in stipulatum deducta esset, sufficeret. Denique si hanc stipulationem, *vacuam possessionem tradi*, intelligebat fructus postea captos continere, debuit solum de ea quærere, non etiam adiicere, *rem dari*: quoniam si de illa constaret, nihil faceret ad dubitationem alterius adiectio. Neque enim quisquam tam esset stultus, ut dubitaret, an quæ stipulatio per se fructus continet, eosdem contineret, si quis amplius stipulatus esset, *rem dari*: cum ea adiectione vis stipulationis non minueretur, sed augeretur. Hæc mihi ratio videtur pene incurrere in oculos, ut si qui hanc non videt, aut hac cognita non movetur; is quid videat, aut quibus rebus moveatur, non intelligam.

Itaque ut nihil occurreret aliud; est tamen abunde, cur putem Accursium et Bartolum hoc loco audiendos, cum quod superiore stipulatione fructus contineri vult Papinianus, eo fieri dicunt, quod duæ hæ conceptiones, *Rem dari*, *et Vacuam possessionem tradi*, simul iunctæ sint. Obstat tamen ratio Papiniani: qui cur putet ex hac stipulatione, Rem dari. Vacuamque possessionem tradi, stipulatorem posse fructus consequi, fieri ait non propter illa verba superiora, *rem dari*: non adeo propter istarum conceptionum coniunctionem: sed nominatim propter inferiora verba, et iterum, propter illa verba, *vacuamque possessionem tradi.* Addit etiam in extremo rationem vel explicationem potius rationis: *quia*, inquit, *re tradita, fructus et partum postea editos in bonis suis stipulator habere potuisset.* Quibus verbis significare videtur, in his verbis, *vacuam possessionem tradi*, hanc vim inesse, ut fructus præstentur, idque propter traditionis verbum. Ait enim; *quia re tradita partum habere potuisset.* De hac obiectione apud Accursium et Bartolum verbum nullum. Sed cum doctissimos etiam homines tenuerit, digna est, de qua aliqid dicamus. Ego expedire conabor, et quidem ita, ut non diffidam me bonis et doctis, quod dicam, esse probaturum. Ego igitur hoc Papinianum dicere agnosco. Et verum est, quod fructus ex stipulatione apud eum proposita præstandi sunt, contingere propter inferiora hæc verba, *vacuamque possessionem tradi*: eoque et his verbis eam vim inesse. Sed utrum velit inesse eam vim illis verbis etiam extra stipulationem propositam, an vero in ipsa stipulatione solum, de qua agitur, hoc est demum, quod ad rem pertinet: de quo amplius quærendum est. Ego in hac stipulatione eam vim esse huius adiectionis intelligo: extra hanc stipulationem nego: neque aliud intelligo Papinianum dicere. Ad hoc probandum una hæc ratio potest esse satis, si dicatur responsum servire debere quæstioni, ac proinde ad eam esse accommodandum. Nam alioqui nec videatur respondere, qui ad id quod quæsitum est, πρὸς ἔπος non respondeat, *§. præterea, Inst. de inutil. stipula. L. de ætate, §. quod autem, supra, de inter.* Quæritur autem apud Papinianum non de stipulatione, *vacuam possessionem tradi*; sed de stipulatione, *Rem dari. Vacuamque possessionem tradi*; et in hac quid efficiant hæc verba, *Vacuamque possessionem tradi.* Proinde de his ille respondens hoc respondere intelligitur, de quo quæstio erat posita; nempe

pe hoc illa efficere in proposita stipulatione; non alibi, ut fructus postea capti præstandi sint. Neque vero si in hac stipulatione hæc verba prioribus subiecta eam vim habent, quam dixi, ideo efficitur extra hanc stipulationem, et per se sola eandem vim habere, quod diligenter animadvertendum est. Verisimile est enim non defuturos, qui hoc quod posuimus, urgeant, ac dicant esse ridiculum si quis hæc verba in hac stipulatione aliquid efficere concedat; eadem per se sola, seu extra hac stipulationem neget vim eandem obtinere. Quasi verborum significatio locis mutetur: aut quasi significatio vacuæ traditionis alia sit, cum dixi, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*; alia, cum simpliciter dixi *vacuam possessionem tradi*. Et sane esset ridiculum, si intelligeremus significatione verborum fieri, ut propter illa verba, *vacuamque possessionem tradi*, fructus in hac stipulatione præstentur. Nunc autem non verborum significatione id effici dicimus, quæ non minus nota fuit cæteris veteribus, quam Papiniano; sed sententia contrahentium: quæ alia est in hac stipulatione. *Rem dari, vacuamque possessionem tradi*; alia, cum simpliciter stipulamur, *vacuam possessionem tradi*. Quod ut quisquam audiat, non postulo, nisi Papiniani verba, non dico, hoc significent, sed etiam pene diserte exprimant. Ait enim; *fructus postea captos propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet*: non dixit, significatio verborum facit, ut consequi debeas: quo tamen nihil erat ad probationem expeditius, si res verborum significatione niteretur: sed dixit, *consecuturum te ratio suadet*: ut intelligamus, quod hic respondet, *in ratione*, idest, in argumento et coniectura voluntatis positum esse, non in certa significatione verborum. Ratio autem, quæ in proposita stipulatione hoc suadet, hæc est: quod his verbis, *rem dari*, verba hæc adiecta, *vacuamque possessionem tradi*, nisi sic accipiuntur, quasi his et de fructibus cautum sit: erunt supervacua, nihiloque plus agent, quam si quis stipulatus sit dumtaxat rem dari: dum enim de re ipsa obtinenda agitur sine fructibus, satis, abundeque de eo sibi cavet, qui sibi rem dari stipulatur: imo nullo verbo magis idonee de ea re cavetur, quam verbo dandi: quo verbo dominii translatio continetur. Porro in omni oratione sic præcipitur verba accipienda esse, ne frustra et otiose posita esse, sed ut aliquid egisse videantur. *L. si quando, supra, de leg. 1. L. 1. in fin. infra, ad municip.* Ob eam caussam, si quis cum prius his verbis, *rem dari*, de dominio rei sibi cavisset, adiiciat amplius hæc verba: *vacuamque possessionem tradi*: recte dicitur *ratio* suadere, ut inferioribus verbis intelligatur non de re solum tradenda et obtinenda egisse; de qua iam satis prioribus verbis cautum erat: sed egisse de eius rei fructibus, seu de præsente traditione, quæ iam nunc fructuum perceptionem secum afferret. Quasi ita dictum esset, Rem dabis, et præterea ita trades, ut ex ea iam nunc mihi fructus obtinere liceat? Cessat hæc ratio, cum quis simpliciter stipulatur, Vacuam possessionem tradi: ibi enim non est periculum, ne si verborum significationem sequamur, nec quidquam amplius veniat in stipulationem quam ipsius rei traditio, ideo stipulatio sit otiosa aut inutilis: ex qua et res tradi debet, et ita tradi, ut esse incipiat in stipulantis bonis: quamvis fructus ante traditionem capti in stipulationem non veniant. Ex quo consequens erit de Pomponii, et veterum aliorum, atque adeo Papiniani sententia, nec in ea stipulatione præter verborum significationem quidquam de fructibus principaliter comprehensum videri. Ergo est hic sensus Papiniani. Si quis tantum stipulatus esset, *rem dari*; neque fructus, neque partus ex stipulatione deberetur. Sed si quis ita stipulatus sit rem dari, ut adiiciat, *vacuamque possessionem tradi*: tum propter inferiora hæc verba et fructus et partus venient, non quia ea verba per se eam vim habeant: alioqui sufficiebat stipulationem ita concipere, Vacuam possessionem tradere spondes? sed quia prioribus adiecta, nisi hoc efficiunt de fructibus, sunt supervacua; quod ratio, idest, sententia contrahentium prohibet. Hæc etsi tam dilucide rem explicant, suntque etiam ex verbis Papiniani, et rectæ rationi usque adeo consentanea, ut nihil supra: tamen cum Papinianus in hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, fructus venire dicat *propter inferiora verba*, neque quidquam addat amplius, vereor, ne a quibusdam facile obtineri non possit, quin putent fructus præstandos propter ipsa illa verba, ubicunque tandem sint: non autem propterea quod illa ingeminata sunt, et prioribus adiecta; præsertim cum quidam hoc loco asseveranter omissa omni alia ratione pro rata et explorata sententia posuerint, quod fructus ex superiore stipulatione præstandi sunt, non propter ingeminationem verborum fieri, sed propter *vacui* appellationem. Etsi autem ad hoc refutandum satis erat dicere ab auctoribus non probari, et ideo admittendum non esse, quia cum aliis locis iuris tam evidenter pugnet: tamen ne hic

etiam

etiam scrupulus in animo cuiusquam hæreat; simul ut veteribus suus honos, et ipsorum optimis responsis sua auctoritas; et sua ratio in hac quæstione constet, plus suscipiam, et ostendam, in hac stipulatione, *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, fructuum præstationem admittere tantum propter ipsa verba inferiora, quæ etsi alibi usurpata essent, tamen idem possent: denique propter *vacui* appellationem: hoc, inquam, adeo non esse ex Papiniani sententia in *d. L. 4. de usur.* ut nihil fingi potuerit a verbis et sententia Papiniani alienius. Verbis quidem nullo modo convenire istam interpretationem, atque adeo multis modis his adversari, perspicuum est. Primum ait fructus præstandos propter inferiora verba hæc, *vacuam possessionem tradi*: si propter *vacui* appellationem fructus præstandi sunt, non debuit dicere id fieri propter inferiora verba; sed propter inferius verbum, nempe *vacui*: male enim toti conceptioni tribueretur, quod esset unius verbi proprium; certe fatendum est, si id fiat, non fieri ex proprietate verborum. Deinde ait, ut fructus *propter inferiora verba* præstentur, rationem suadere. Male hoc quoque si *vacui* appellatio id facit: non enim ratione et argumentis colligi dicendum est, quod verbis exprimitur. Postremo quod fructus præstari vult, non *vacui* verbo tribuit Papinianus, sed nominatim traditioni. Ait enim: quia re tradita partum in bonis stipulator habere potuisset: non ergo dicit, quia traditio vacua esse debuit: sed quia debuit tradi, ac re tradita stipulator fructus habere potuit. Hæc omnia igitur in verbis ipsis aperte repugnant, quominus propter verborum significationem, multoque minus propter *vacui* appellationem ex stipulatione Papiniano proposita fructus præstari intelligamus. Sed demus verba hanc quoque recipere posse interpretationem, ut sic oratio ambigua apud Papinianum efficiatur. Nihil verba ad rem pertinent, si sententia scribentis refragatur: neque enim in ambiguo sermone utrumque dicimus; sed id solum quod volumus. *L. 3. supr. de reb. dub.* Atqui ita refragatur sententia; ut nihil possit magis: quod ex vitiis, quæ in istam interpretationem concurrunt, intelligi potest. Ea enim demum significatio et interpretatio ex mente scriptoris ac præsertim in iure, putanda est, quæ vitio caret. Unde ea quoque significatio in ambigua voce *legis* semper accipi iubetur. *L. in ambigua, supr. de legib.* et merito: ut enim recte Tubero, nemo dicere existimandus est, quod non sentiat. *L. Labeo, vers. Tubero, supr. de supel. leg.* Absurdum est autem existimari sanum et intelligentem scriptorem, aliter quam vere, et ex præceptis notis, denique quam sine vitio sentire. Quapropter si qua erit hic interpretatio eiusmodi, quæ dubitationem ineptam habeat; sententiam non tantum falsam, sed etiam absurdam: et maxime si fateamur eam ex probabili magis, quam ex vero data opera expressam esse; eam ne ex mente cuiusquam non imperiti, nec absurdi scriptoris esse dixerimus: multo minus Papiniani, qui ut omnium acutissimus, et ingeniosissimus a veteribus dictus est: ita in iure respondendo omnium integerrimus et religiosissimus est habitus: adeo ut *iuris asilum* nominaretur. Atqui hæc omnia vitia, quæ dixi, in ista interpretatione reperientur. Faciamus ergo propter *vacui* appellationem fructus in stipulatione Papiniani esse præstandos. Primum hoc erit consequens, quod supra attigi, stultam et ineptam quæstionem esse Papiniani de hac stipulatione, *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*: cum si per se hæc stipulatio, *vacuam possessionem tradi*, fructus continet, non debuerit dubitari, an contineret illis verbis adiectis, *rem dari*; quæ ad obligationem augendam pertinent, non ad minuendam. Efficitur deinde et illud: nam cum Papinianus fateatur his solis, verbis, *rem dari*, non contineri fructus, si contra hac stipulatione *vacuam possessionem tradi*, contineri eos intelliget; nimirum hoc statuet plus continere hanc stipulationem posteriorem, quam priorem. Quod etsi aliis rebus et locis non refelleretur, est tamen ipsum per se dictu absurdum; cur enim stipulatio hæc, *vacuam possessionem tradi*, fructus continet iis auctoribus, qui continere volunt? *quia continet*, inquiunt, *caussam bonorum*, ut hic scriptum est; idest, ut illi interpretantur, id omne quod habiturus esset stipulator re tradita; in quo numero sunt fructus: ut autem Papinianus scribit in *d. L. 4. de usur.* quia re tradita stipulator fructus et partus in bonis habere potuisset. Et dubitamus hanc rationem multo maiorem esse in stipulatione, *rem dari*? quæ enim res magis sunt in bonis stipulatoris, quam quæ ei datæ sunt, idest, quæ cœperunt esse in eius dominio? aut cui potius fructus aut partus acquirantur re tradita, ac per hoc dominio quæsito, quam ipsi domino? Est igitur plane absurdum, cum quid certa ratione admiseris in stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, id repudiare in stipulatione, *rem dari*, in qua eadem ratio multo magis locum habeat. Et quidem illi ipsi, qui superiorem interpretationem defendunt, veris victi non ali-

aliter iudicant, quam falsam esse istam opinionem Papiniani, venioremque Pomponii sententiam. Ac qui fiat, ut Papinianus homo omnium acutissimus, et consultissimus, id quod res erat, hic non viderit, si quis roget: vidisse eum non negant, ne quis forte huius acumen et prudentiam illis obiiciat; sed hæc eum in libris Quæstionum scripsisse aiunt, in quibus sæpe tractantur non tam vera, quam vero similia, et quæ ipsi qui scribunt, non valde probent. Malitiosi hoc quidem est, et versuti scriptoris, aut ostentatoris inepti, non viri boni, non cordati Iurisconsulti: qualem præcipue Papinianum fuisse responsa eius, et omnes historiæ testantur. Nempe hoc erat reliquum, ut ineptam eius, et absurdam sententiam non tarditatis et imperitiæ nomine, sed ambitionis, aut malitiæ auctoris excusatione defenderemus; cum tamen is fuerit, ut dixi, Papinianus: cui cum omnes veteres detulerint excellentissimi ingenii, et summæ prudentiæ laudem: tamen eum veritatis studio, et integritate superiorem fuisse agnoverint. Quæ cum tam magna et tam manifesta vitia sint in ista interpretatione, qua placet sola *vacui* appellatione fructuum præstationem contineri: quidvis admittendum potius, quam illam prudentiæ et æquitati, idest, menti et sententiæ Papiniani convenire. Et certe, dicam ingenue, magnam iniuriam facimus optimo auctori, cum illi eam sententiam affingere conamur, quæ tot vitiis laboret, quæ nec in quovis non prorsus inepto scriptore facile quisquam sustineat admittere, sed eo indigniorem; quod nulla necessitate verborum, nulla certa ratione coacti, sed tantum, iudicio nostro adducti id facimus, nihil aliud laturi denique, nisi ut ea sententia admissa non solum ea ut falsa et inepta, sed etiam ut aliis locis, quos probamus, contraria cum summo dedecore auctoris sui eiiciatur. Quod si neque verbis, neque menti Papiniani ista interpretatio posterior convenit, ut probavi: necesse est manere priorem illam, quam initio posuimus, quæ et verbis conventissima est, et non solum vitio caret, sed etiam certa ratione nititur, ut in stipulatione illa, *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, ideo de eius sententia contineantur fructus, quia superioribus illis *rem dari*, adiuncta sint hæc inferiora, *vacuamque possessionem tradi*: et quod idem valet, quia coniunctæ sint hæ duæ conceptiones, quarum inferior otiosa esse non debeat. Atque hæc quidem ita sunt: etsi de sententia et auctoritate solius Papiniani in hac re ageretur. Nunc autem agitur in his scriptis veterum, quæ in Pandectas relata sunt, de mente et auctoritate Iustiniani: qui his omnibus ita auctoritatem dedit, ut sua esse vellet, et ita accipi, quasi a se profecta, ut de his testatur *L.* 1. §. *omnia enim*, *et L.* 2. §. *tanta*, *C. de vet. iur. enuclean.* Proinde et ex mente eius, si qua nobis manifesta erit, legem accipiant, oportet. Ipse autem de eorum interpretatione hanc legem præscribit, vetat in his ullum contrarium admitti: quoniam et in his nullum sit. Quod si quid istiusmodi esse videbitur, iubet diligenter excuti diversitatis locorum rationem: quæcunque invenietur, quæ ad conciliationem faciat, hanc sumi vult, et ex hac litem componi, quasi hoc ipsum auctores ipsi sensissent. Id ergo et nunc faciamus. Agitur de Papiniani responso quod est in L. 4. *de usur.* Id auctoritate Iustiniani confirmatum caveamus, quantum possumus, ne tanquam improbandum et iniquum repudiemus; nisi eadem opera velimus repudiari legem et constitutionem. Id citatur tanquam contrarium Pomponii definitioni, quæ exstat in *L.* 3. §. 1. *de act. empt.* Videamus num qua sit verborum eius interpretatio (ut scriptum ambiguum esse potest) quæ nec vitiosa sit, et admissa efficiat, ne responsum illi alteri loco versetur. Si qua occurrit huiusmodi, hanc ex mente Iustiniani accipiamus, cuius has leges esse, et hanc interpretationis regulam iam ante diximus. Atqui interpretatio a nobis exposita est eiusmodi, quæ faciat, ut non modo non dissentiat Papinianus a Pomponio, sed etiam videatur maxime idem probare. Nihil relinquitur igitur, nisi ut hanc sumamus: etiam si maxime alia significatio verborum afferri posset non absurda, quæ alterum ab altero dissentientem induceret. Hoc modo cum voluntati legislatoris Iustiniani parebimus in his scriptis omnibus retinendis, ut in eius legislatione facere æquum est: tum vero Ius Civile ex iis constitutum suam dignitatem tenebit; bonis et magnis auctoribus suus honos, sua auctoritas integra manebit: neque metuemus, dum id fit, ne quod auctoritate Iustiniani facimus, non certa ratione, et veri studio ducti facere videamur. Hæc qui præstant, eos ego non ingenuorum tantum, sed etiam bonorum et cordatorum interpretum officio fungi iudicio: qui secus; hi quomodo id nomen tueantur, alii existimabunt.

Ad L.

Ad L. Stipulationes commodissimum, 53.

Iulianus libro 16. Digestorum.

Stipulationes commodissimum est ita componere, ut quæcunque specialiter comprehendi possint, contineantur: doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint, et ad incertos casus pertinent.

SUMMARIA.

1. *Faciendi stipulationibus propter stipulantium commoditatem pœna utiliter adiicitur.*
2. *Doli clausula generali quicunque dolus præteritus vel futurus vindicatur.*
3. *De doli stipulationibus componendis consilium veterum.*
4. *Doli clausulæ vis.*
5. *Doli clausulam, quo sensu et cur ad incertos tantum casus pertinere dixerit Iulianus.*
6. *Regula Iuris*, Generi per speciem derogari, *explicatur.*
7. L. Si servus, §. Cum eo. supr. ad L. Aquil. *verba exponuntur.*

1 QUemadmodum qui stipulatur aliquid
fieri, aut non fieri, non necesse ha-
bet stipulari pœnam, si factum non sit,
quod promissum est, aut si quid contra
quam cautum est, factum sit: et tamen
propter commoditatem stipulantium veteres
cavent, ut pœna adiiciatur; quia plerun-
que difficilis sit probatio eius, quod in-
terest, et ad exiguam summam redigatur.
§. *ult. Instit. eod. L. ult. infr. de præt.*
2 *stip.* † Sic in stipulatione de dolo accidit,
ut si quis dolum præteritum aut futurum
promissoris, heredumve eius metuens de eo
sibi cavere velit, nihil erret ad ius cautio-
nis, si generali doli clausula sibi de eo ca-
veat eo modo, uti hæc concipitur in *L. ex
ea, infr. et L. stipulatio ista*, §. *si quis
dolum, supr. eod.* dum enim probet aliqua
in re dolum admissum esse, quicunque is
dolus vel inciderit ante, vel incidet post-
ea, satis generali stipulatione, quæ appel-
latur doli clausula in *L. doli infr.* vindica-
tur. Est ex ea doli nomine actio ex stipu-
latu, *L. et eleganter*, §. *non solum, supr.*
3 *de dol.* eoque incerti. *d. L. ex ea infr.* † Sed
tamen et hac in re quod stipulanti com-
modum sit, consilium datur a veteribus,
ut hoc loco, ut quæcunque et quacunque
in re sibi quis timet de dolo promissoris,
heredumve eius, ea specialiter comprehen-
dantur: tum deinde generalem doli clau-
sulam subiiciat. Hoc modo stipulationem
componi ideo commodum et utile stipulan-
ti: quia etsi generali stipulatione satis con-
tinentur species omnes, quæ ex eo genere
sunt: tamen non facile semper potest proba-
ri, quid dolo malo factum sit. Huic incom-
modo occurretur speciali stipulatione: in qua
factum ipsum promissoris notatur sine ulla
doli mentione. Neque tamen cum omnia
nominatim complexus eris, quæ speciali-
ter comprehendi possunt, ideo inutile est
generalem clausulam subiicere; quia fieri
potest, ut cum omnia comprehenderis, quæ
occurrebant, non tamen omnia compre-
henderis: quoniam multa te fugerint, quæ
postea emergent. Atque hoc consilium est
veterum de doli stipulationibus componen-
dis. Hinc re ad eum modum composita,
quæsitum est de doli clausula, quam vim
habeat. † Generalem dixerit aliquis, ut et 4
ipsa generalis est: scilicet ut de omni spe-
cie doli quæ postea se ostendet, ex ea a-
gi possit. Non ita est. Sic doli clausula
subiicitur; *ut pertineat*, inquit Iulianus,
*ad ea quæ in præsentia occurrere non pos-
sunt, et ad incertos casus.* † Ut pertineat 5
ad incertos casus, sic accipiendum est: ut
pertineat ad istos tantum, non etiam ad a-
lios. Scimus quidem dici recte posse eam
clausulam pertinere ad incertos casus, quæ
nihilominus etiam pertineat ad certos: quia
generalitate sua utrosque contineat. Verum
hoc Iulianus non sentit; sed ideo nominat
tantum incertos casus, ut de his definiendo
cæteros excludat, ut fit in definitionibus,
quæ recte concipiuntur. Idque cum ex re i-
psa, tum ex aliis locis, qui de eadem re scri-
pti sunt: liquet. Nam quod ad rem at-
tinet, non potest dubitari, an doli clau-
sula pertineat ad ea, quæ stipulatori non
occurrerunt: cum non alia de caussa in-
terponatur, quam ut de iis, de quibus
specialiter comprehendi non potest, stipula-
tori cautum sit. Quod reliquum est, ne
quis sit coniecturis locus, rem hanc dilu-
cide explicat *L. doli, infr. eod.* in qua
scriptum est, doli clausulam, quæ stipu-
lationibus subiicitur, non pertinere ad eas
partes stipulationis, de quibus nominatim
ca-

cavetur. Si ita est, consequens est, si ad aliquas res pertinet, ad eas tantum, de quibus nominatim cautum non est, pertinere: quas res hic *incertos casus* vocat Iulianus. Non enim incertos eos tantum accipere debemus, qui sunt incerti, et ignoti stipulatori, et ut loquitur Iulianus, qui stipulatori occurrere, id est, in mentem venire non possunt: sed incertos, indefinitos, et generali tantum oratione comprehensos; non nominatim et specialiter nuncupatos, quomodo generaliter et indefinite promissum hominem appellamus incertum. *L. cum incertus, supr. de leg.* 1. *L. heredes*, §. *si incerto, supr. fam. erc.* et quantitatem non aperte definitam, sed ex utilitate et eo quod interest utriusque pendentem, incertam. *L.* 2. §. 1. *infr. de præt. stip.* §. *ult. Inst. eod.* Si in ambigua voce legis ea significatio capienda est, quæ vitio caret: *L. in ambigua, supr. de leg.* sola hæc significatio, quam dixi, huic loco convenit. Aliter enim interpretantibus et in verbis vitium est, et in re ipsa ac sententia definitionis. In verbis; quia utitur Iulianus otiosa redundantia et inculcatione verborum, incertos appellans casus, ea quæ occurrere non possunt, de quibus iam satis prioribus verbis comprehensum erat; neque enim dici potest prodesse hæc verba ad explicationem præcedentium: quoniam multo obscurius est, qui sint casus incerti, quam quæ sint ea, quæ occurrere non possunt. In re et sententia definitionis; quia minus complectitur definitio, quam oportet; neque enim doli clausula ad ea tantum pertinet, quæ occurrere stipulatori non potuerunt: sed generaliter ad ea omnia, de quibus specialiter cautum non fuit: est enim generalis: proinde omnes casus doli continet, nisi qui sint, qui excipiantur, neque excipiuntur alii, quam ii de quibus nominatim cavetur. *d. L. doli, infr.* Fieri autem potest, ut et de iis rebus specialiter non caveatur, quæ tamen stipulatori quærenti occurrere potuerint. Quid enim, si quærere noluit, aut sciens complecti non curavit, generali doli stipulatione contentus? proinde et ad has quoque doli clausula pertinebit. Quod si pertinet: sine vitio hi casus in hac definitione prætermitti non possunt. Effugiuntur hæc vitia si incertos casus accipimus non definitos, non nominatim et aperte comprehensos: sic enim et recte distinguuntur a Iuliano incerti casus ab iis, quæ occurrere non possunt: et definitioni nihil deest. Interim ut ad hos omnes casus pertinet doli clausula, ita illud manebit, quod dixi, eam ad hos solos pertinere, non item ad eos, de quibus nominatim cavetur: eaque sententia definitionis Iuliani hoc loco intelligenda est. Hic ergo non abs re quæritur, cur placeat eam clausulam pertinere ad incertos tantum casus: nam, ut dixi, clausula generalis est: constat autem generali verbo omnes species eius generis contineri. *L. si servitus supr. de ser. præ. urb. L. Mævius*, §. *duorum, supr. de leg.* 2. Dicendum est, sic oratione generali contineri omnes species generi subiectas, nisi aut exceptæ sint, aut frustra includantur. Altero enim modo efficitur, ut non contineantur de sententia loquentium: altero ut contineantur inutiliter, quod tantundem valet. Horum autem alterutrum in proposito accidit in iis rebus, de quibus nominatim cautum est. Prius quidem ratio iuris facit, ut quæ ita specialiter comprehensæ sunt, hæ de generali doli clausula, quæ subiecta est, exceptæ intelligantur. Sic enim est regula iuris. † 6
in toto iure generi per speciem derogari. *L. in toto, infr. de regul. iur. L. sanctio, infr. de pœ.* Cuius hæc est sententia: quoties de re aliqua generaliter et in universum constitutum quid est, si quid de specie una aut pluribus ei generi subiectis specialiter cautum sit, semper speciem ex genere exemptam videri, eoque ad definitionem generalem non pertinere: idque observari non solum in legibus; sed etiam in privatorum voluntatibus, tum supremis, tum contrahentium. *d. L. sanctio, de pœ. L. si peculium, supr. de manumis. testam.* Ducta quidem regula est ex hominum more et sensu: quorum in his quæ agunt, ea mens et cogitatio esse intelligitur, ut aliquid agant, neve frustra fecerint quid, aut sibi caverint. Frustra autem de quibusdam specialiter sibi cavent, si volunt ea ad definitionem generalem, quam subiiciunt, pertinere. Sed quia hæc mens non occurrit omnibus, cum in coniectura voluntatis posita tantum sit: ideo satius est de eo ex regula iuris statui: ea est autem, quam dixi, semper speciem ex genere eximi. Neque aliud placuit in his verbis legis Aquiliæ, *quidve usserit, fregerit, ruperit iniuria*: quæ sunt ex tertio capite in *L. si servus*, §. *huius, supr. ad leg. Aquil.* sed et hic verbum *rupti*, quamvis generale, ad priores species, *usti et fracti*, de quibus ante nominatim cautum erat, pertinere intelligendum est: argument. in *L. sed etsi*, §. *deinde, supra, ex quib. caus. manum.* † 7
Non negat Ulpianus hoc in *d. L. si servus*, §. *cum eo, ad leg. Aq.* cum ita scribit

bit: *Et non negat Celsus fractum et ustum contineri rupti appellatione: sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiiciat verbum, quo specialia complectatur.* Nam, ut id obiter explicemus, in his verbis, *quo specialia complectatur*, *Quo* positum est pro *Ut*; non autem ut significet, *quo verbo.* Sic res habet: lex interdum subiicit generale verbum, ut specialia complectatur, et quidem omnia: sed non ut complectatur omnia eo generali verbo. Expressa complectitur iis verbis, quæ præcesserunt: non expressa autem verbo generali, quod ad eam rem subiectum est. Ita consequitur, ut nihil omittat, sed complectatur omnia quæ ad id genus pertinent. Ut autem dicamus legem subiicere verbum generale, *quo*, idest, quo verbo, sive ut eo verbo specialia omnia complectatur, etiam ante expressa, nulla ratio patitur ne probabilis quidem. Est enim non tantum supervacuum, sed etiam aperte ridiculum. Nam ubi quædam ante nominatim comprehensa sunt, otiosum est ad ea amplius significanda aliud verbum adiicere, cum de his cautum sit satis. Sed illud plane est ridiculum, si lex specialia iam ante enumerata complecti volens putat se id melius consequi posse verbo generali, quam specialibus ante expressis: cum his res certo designetur, quia nominatim et distincte: verbum autem generis obscure, quia universim et indefinite. Ergo quibusdam specialiter enumeratis subiicit lex interdum generale verbum, ut complectatur omnia specialia: sed ut complectatur suis quæque verbis: expressa quidem suis et distinctis, quæ ad eam rem comparata erant: reliqua generali verbo, non item priora; quia adiectio generalis verbi eo non pertinebat, neque vero ad eam rem erat necessaria. Unde colligi vult cum Celso Ulpianus tametsi verbo *rupti* fractum et ustum continetur; non ideo tamen hæc duo posteriora esse in lege supervacua, aut exprimi non debuisse, propter verbum generale *rupti*, quod subiicitur: quia scilicet verbum generale non eo subiiciatur, ut ea exprimat aut contineat, quod ineptissime fieret; sed ut ne quid desit ex specialibus, quæ omnia prioribus enumeratis complecti non potuit. Ita etiam in his tribus verbis, quæ in tertio capite legis Aquiliæ coniunguntur, *usserit*, *fregerit*, *ruperit*, apparet regulam iuris suam vim obtinere, ut nec verbum *rupti* generale ad species ante expressas pertineat, quasi enumeratione speciali ex genere exemptas: quod et in clausula doli quibusdam doli casibus nominatim enumeratis subiecta probandum est. Sed cur laboramus in hac ratione confirmanda, cum etsi per se verissima sit; tamen possit superior definitio ea carere? Demus enim generali doli clausula et verbis, et cogitatione contrahentium eosdem doli casus contineri. Hac ipsa ratione maxime efficietur, ut ad eos non pertineat, quia hactenus nulla sit. Huc enim denique redibit hæc comprehensio, ut bis de iisdem casibus cautum intelligatur. Ita etiam posterior stipulatio generalis hactenus erit inutilis; id est, nulla, ut docuimus ad L. *qui bis*, *supr. eod.* Non potest dici ad alios casus pertinere, quæ nulla est: non potest, quæ est inutilis, ad alios casus prodesse, ut de iis ex ea agatur.

Ad L. In stipulationibus. 54.

Idem libro XXII. Digestorum.

In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. Cum species stipulamur: necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur. Quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio: veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus, duos heredes æquis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi: si idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines heredibus eius deberentur.

SUMMARIA.

1. *Quæstio et argumentum huius legis. et n.* 4.
2. *Stipulatio inter quos iure dividatur.*
3. *Quota pars iis, quibus acquiritur pro parte stipulatio, debeatur.*

5. *Co-*

5. *Corporum partitione divisio quomodo fiat.*
6. *Numero quomodo.*
7. *Speciebus in stipulationem deductis singulorum corporum debentur partes: in generibus numero fit divisio.* et n. 17. *Id an perpetuum, vide* n. 19. et 22.
8. *Corporum et rerum partes quædam divisæ, quædam indivisæ.*
9. *Res una quoties in partes dividi dicitur, intelliguntur partes indivisæ, non divisæ.*
10. *Partes divisæ aut indivisæ quæ.*
11. *Indivisas iuris intellectu, non corpore constare.*
12. *Partium indivisarum usus, in quibus consistat.*
13. *Divisio naturalis, qua res in partes distinctas secantur, cur in proposito non servetur.*
14. *Species quid, et unde dicatur, et quid inter IC. et Philosophos in usu huius verbi intersit.*
15. *Genus quid.*
16. *Genus et species inter se quid differant.*
18. *Res quæcunque in stipulationem deducuntur, aut species aut genera sunt, aut ad horum alterum referuntur.*
20. *Pecuniæ, quæ in arca est, promissæ, quomodo inter duos stipulatoris heredes fiat divisio.*
21. *Species numero nominatim adiecto in stipulationem deductæ, quomodo dividantur.*
23. L. Cum Stichus infr. de sol. *declarata, eiusque vera lectio demonstrata.*
24. *Generum plurium, non unius stipulationem numero dividi.*
25. *Generum et specierum dividendarum, cur diversa ratio a veteribus introducta.*
26. *Numeri divisio in generibus sola recepta, quæ commoda tribuat.*

1 CUm inter aliquos dividitur iure stipulatio: non est satis intelligi eam dividi, sed etiam quatenus, et quomodo dividatur, cognoscendum est; alioqui quid et quantum cuique acquiratur, erit incertum. Quomodo in his stipulatio dividatur, ea pars est, quæ hoc loco explicatur, sed frustra et sine ullo fructu, nisi prius statuerimus esse, inter quos stipulatio dividatur iure: et qui nam hi sint; tum quatenus inter eos dividatur stipulatio, tenemus: his enim non constitutis, quæstio ex his consequens ubi consistat, non habet. Ut igitur inde arcessatur hic locus, unde oportet, intelligaturque huius quæstionis et locus et usus: † sciendum est inter eos, quibus aut per se aut per alios stipulatio acquiritur, esse, quibus acquiratur in solidum; esse, quibus acquiratur pro parte, si modo res, de qua agitur, divisionem recipiat. Quod tunc præcipiendi locus est, cum circa vim et potestatem stipulationis quæritur, quantum cuique, cuius ea stipulatio est, debeatur, tantum ei ex stipulatione petere liceat. Quibus acquiritur in solidum, infiniti sunt: quibus pro parte, pauci et certi; itaque ex his de utroque genere nullo negotio statuetur. Acquiritur stipulatio pro parte iis, inter quos ea iure dividitur. Dividitur autem, cum aut plures rem eandem ab eodem una conceptione verborum stipulati sunt; aut unus quidem stipulator est, sed ab eius persona stipulatio transit ad alios; quod fit aut statim, cum servus communis plurium dominorum, vel bonæ fidei possessorem, vel fructuariorum stipulatus est; aut ex eventu, cum stipulator decessit pluribus relictis heredibus. Nam plures eandem rem simul stipulando perinde habentur, quasi singuli partem stipulati essent. L. *reos*, §. 1. *infr. de duo. reb.* Servus communis omnibus dominis acquirit pro parte. *L.* 5. *infr. de stip. ser.* Quod de dominis dico, de omnibus intelligendum est, qui in hoc iure acquisitionis pro dominis habentur, bonæ fidei possessores et fructuarii, pro ea distinctione quæ explicatur sub titulo, de stipulatione servorum, *infr. et* §. *de his, et seq. Instit. per quas pers. nob. acq.* Stipulatio autem hereditaria certo iure inter heredes dividitur, ut et cæteræ res hereditariæ *L.* 2. §. *ex his, supr. eod. L. heredes*, §. *an ea, supr. fam. ercisc.* Atque hinc est, quod hoc loco cum de ratione dividendæ stipulationis inter aliquos agitur, mentio fit dominorum et heredum, inter quos ea fiat divisio. Non est satis intelligi stipulationem his acquiri pro parte, ut sciamus quid sit illud, et quantum, quod iis debeatur; de quo hic præcipue agitur: nisi etiam de ea parte constet, et quota sit, et qualem eam intelligi velimus. Nam neque inter omnes, inter quos stipulatio dividitur, partes sunt æquales; et in iisdem partibus sive æqualibus, sive inæqualibus varia sunt genera partium, seu varia ratio dividendi: quapropter et de utroque constituendum est. † 3
Et quota ea pars sit, de qua agitur, in supra scriptis personis, iisdem illis locis satis comprehensum est, quibus et de dividenda inter eas stipulatione ius statuitur. Qui eandem summam ab uno stipulati sunt, si adiectum non sit, ut duo rei stipulandi essent, pro numero personarum dividitur inter eos stipulatio, quasi virilem, idest, æqualem partem singuli stipulati essent, *d. L. reos*, §. 1. *de duo re.* arg. in. *L. cui fundus*, *supra*

pra de con. et dem. Servus communis quod stipulatus est, dominis acquirit pro ea parte, qua dominium in eo habent, *d.* L. 5. *infr. de stip. ser.* Stipulationem autem hereditariam transire ad heredes constat pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ*, *C. fam. erc.* Sed cum hoc constituerimus: restat etiam illa altera quæstio. Ad illas partes vel æquales, vel dominicas, vel hereditarias obtinendas quomodo stipulatio dividatur: quoniam, ut dixi partium varia genera sunt, et totidem divisionum: neque omnia idem præstant: ut multum et ad voluntatem eorum, ad quos ea res pertinet, et ad eorum commoditatem referat, quænam ex his potissimum intelli-
4 gamus. † Hanc partem tractat hoc loco Iulianus, de qua statuit in summa ad hanc sententiam: Rebus pluribus in stipulatum deductis dupliciter stipulationem dividi posse, nam aut corporum et rerum partitione divisionem fieri, aut rerum numero.
5 † Corporum partitione, cum singula cor-
6 pora dividuntur in partes. † Numero, cum singulis rebus integris et indivisis manentibus summa tantum et numerus rerum stipulatione comprehensarum dividitur in alios numeros minores: ut cum decem dividuntur in quina; duo in duas unitates: et in summa aut res singulas dividi, aut rerum numerum. Utramque hanc divisionem non omnibus rebus promissis
7 convenire: † referre, utrum in stipulationem deducantur species, an genera. Si species; singulorum corporum divisionem fieri, et cuique eorum, inter quos stipulatio dividitur, partes deberi: Si genera; tum fieri numero divisionem. Quod sic accipere debemus, divisionem non corporum, sed stipulationis: ut et ipse exprimit postea in §. *operarum*, et expressum est aliis quoque locis, ut *L. si centum*, *infr. eo. et L. cum Stichus*, *infr. de sol.* Quod obiter monendum putavi, ne quis cum vulgo ita nostros loqui existimet, ut dicant res promissas aut corpore, aut numero dividi: quod imperite diceretur. Neque enim rebus omnibus in se ipsis indivisis manentibus dici possunt ipsæ res dividi; etsi ex decem uni attribuuntur quinque, alteri quinque: hæc enim decem, idest, numeri divisio est, non corporum. Sed redeo ad distinctionem superiorem divisionum: quam exemplis ita exeplicat Iulianus, ut dicat si Stichus et Pamphilus in stipulatum deducti sint, et stipulatoris duo sint heredes ex æquis partibus; non uni Stichum, alteri Pamphilum, sed utrique Stichi et Pamphili dimidiam partem deberi. Si promissi sint generaliter duo homines, deberi singulis unum hominem, non duorum partes: cum qua sententia pene omni ex parte congruit *d. L. cum Stichus*, *infr. de sol.* Postulat hic locus, ut quædam explicemus, primum de harum divisionum generibus: deinde de ea distinctione qua res certæ tantum dicuntur hoc aut illud genus admittere. De generibus harum divisionum videndum, an hæc sola dividendi genera sint, an plura. Et sola esse certum est, si quis modo genera summa consideret. † Sed eius generis partium, in quas 8
singulæ res dividuntur, quas corporum et rerum partes hic dicimus, duæ sunt species. Quædam sunt divisæ partes, quædam indivisæ. *L. 5. infr. de stip. ser.* L. *recte*, §. *ult. infr. de verbor. signif.* Quæritur igitur, unam ex his hic intelligamus, an utramque: et si unam, utram accipiamus.
† Et generaliter hoc tenendum est, cum 9
dicitur rem unam aliquam in partes dividi, in usu iuris intelligi partes indivisas, nunquam divisas. *d. L. 5. infr. de stip. ser.* ut non dubium sit, quin eas hoc loco accipere debeamus. † Divisæ partes sunt, di- 10
scretæ, et separatæ aliæ ab aliis, ut iam non amplius uno corpore teneantur, sed singulæ unum corpus efficiant, atque adeo non iam singulæ pars sint, sed totum. L. *si quis duas*, §. 1. *supr. com. præ. L. nam. satis*, *supr. si ser. vin. d. L. recte*, §. *ult. de verb. sig.* Indivisæ, quæ ita sunt partes, ut non sint discretæ, sed confusæ invicem; denique quæ statum rei non mutant, quæ non faciunt, quominus integra res sit, ut prius. † Et quænam esse pos- 11
sunt eæ partes, quæret aliquis, post quas nihilominus res maneat integra, idest, indivisa? natura non sunt; intelliguntur tantum, et mente ac cogitatione distinguuntur: unde dicuntur ab Ulpiano in *d. L.* 5. intellectu magis haberi: quam corpore. *Magis*, positum ad electionem significandam, non ad comparationem: nullo modo enim habentur corpore, idest, corporis divisione, ut alibi hoc expressit Papinianus, L. *Mævius*, §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. Sed si quæratur utrum dicendum sit potius, constarene istas partes intellectu, quam corpore, magis est, ut dicamus intellectu. Constant tamen intellectu, non quia quisque eas sibi fingit, et concipit animo; sed quia ius eas constituit; quia eas in re aliqua vult intelligi, ut secundum eas cuique sociorum ea tribuantur; quæ ius ad singulos vult pervenire. Unde rursum dicuntur a Papiniano obtineri non simpliciter intellectu, sed iuris intellectu. *dict. L. Mævius*,

§. *duo-*

12 §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. † Sed frustra hæ intelliguntur iure, si intellectarum nullus est usus: et quis potest, dixerit aliquis, usus esse earum partium, quæ nusquam sunt, et quæ etiam si sint, tamen ab iis ad quos eas pertinere volumus, separatim et tanquam propriæ obtineri non possunt? Utilitas earum cernitur in fructuum et obventionum perceptione. Nam cum fructus dividi possint, eos etiam singuli divisos et sibi proprios ferent pro ea parte dominii, quam iuris intellectu in corpore rei obtinent. Ita fiet etiam, ut in his habendis videantur singuli separatas rei partes habere: quoniam fructus cuiusque rei emolumentum eius rei continet. *d. L. Mæ-*
13 *vius*, §. *pen. de leg.* 2. † Enimvero cum naturalis sit hæc divisio, ut res secetur in partes distinctas, ut cerni tangique possint: cur non hanc potius sequimur; præsertim ex qua sola partes possidere, et soli sibi habere liceat? quia ut utilitati, sic voluntati dominorum, et eorum, qui partes rei habere volunt, quam maxime adversatur. Interest enim eorum partes habere rei integræ, easque quam maxime utiles: nec dubium est, quin tales sibi contingere expetant. Nulla autem res in partes certas et separatas dividi potest, quin aut amittatur, aut deterior fiat: certe ea divisione desinit esse, quæ prius fuerat. Animal si dividis, occidis; navem si secas, perdis; fundus etsi regionibus non incommode dividi potest, tamen ita divisus non est is, qui fuerat, sed pro uno duo esse incipiunt. *d. L. si quis duas*, §. 1. *com. præ.* Ob eam caussam inventæ sunt et excogitatæ iure eæ partes, quibus consuleretur dominis corporis cuiusque: idest, quæ re integra manente, nihilominus tantundem fructus afferrent singulis, quantum separatæ, atque etiam amplius, etsi hæ sine detrimento corporis prioris contingere potuissent. Hæc de dividendi ratione, deque divisionum partibus nunc de eo, quod harum divisionum unaquæque certis rebus tribuitur, videamus. In quo hæc spectanda sunt; primum quæ sint res, in quas istos modos cadere dicat Iulianus: et satisne illis rebus omnia genera rerum sit complexus: deinde sitne ius perpetuum, ut eæ res iis modis dividantur, non aliter. Postremo cum in dividendi ratione aliæ distinguantur ab aliis; quæ sit huius iuris et distinctionis ratio; cum pariter in utroque genere res corporales, et quæ natura divisionem recipiant, proponantur. Res quas distinguit in hac quæstione, sunt quas vocat species et genera. Verba, ut vulgo existimantur, notæ significationis, præsertim ut sunt exempla huius loci, quibus ad hæc indicanda Iulianus utitur. Mihi autem in his esse videtur aliquid, quod monitore indigeat cum ad rationem verborum, tum etiam ad significationem ipsam; proinde de his pauca dicam. † Et de spe- 14
ciei verbo convenit inter omnes, quod et verum est, speciem hoc loco a Iuliano dici non id, quod est Dialecticis *species*, sed quod illi vocant *individuum*: idest, corpus certum, rem unam aliquam ab aliis distinctam numero: quæ et ipsa certa sit; idest, quæ aut suo nomine, aut alia demonstratione ita designetur, ut dici possit hanc illam esse, quæ designata est. Id Iuliani exempla satis declarant. Hinc enim species duæ dicuntur Stichus et Pamphilus, certi videlicet homines: homo autem non species, sed genus. Huncque usum esse verbi apud auctore Iuris non hoc loco tantum; sed et aliis multis observare possumus, quoties de rebus præstandis agitur, et illi speciem nominant. Ut cum species dicitur legata: *L. talis*, *in fin. L. cum res*, §. 1. *supr. de leg.* 1. Cum dicitur promissa, ut hoc loco. In quo observandum est quid dicamus; non enim dicimus rem certam nostris *speciem* dici, quanquam et hoc verum est; sed hoc amplius dicimus, *speciei* verbo cum de rerum præstatione agitur, solum hanc rem significari, quæ una, et certa sit; et cum absolute nominatur species, hoc verbo non aliud intelligi, quam certum corpus. Ex quo apparet propriam nostrorum esse hanc huius verbi usurpationem: nam apud Dialecticos et alios auctores reperiuntur, pauci quidem, reperiuntur tamen, qui singulos homines species hominis vocent: sed nulli adhuc sunt inventi, qui hoc verbum proprium rerum singularum et individuorum esse dicerent: nulli, qui cum species absolute nominatur, non intelligerent hoc verbo generaliter significari res generi alicui subiectas, sive eæ essent, sive universales. Ut puta, hoc verbo *omnes* dici intelligunt etiam substantiæ species, animatum et inanimatum; animalis species, hominem et brutum, non autem in genere hominum singulos tantum homines. Nostri vero, ut dixi, hoc verbo solum res singulas, cum de rerum præstatione agunt, sive verbum per se ponatur, ut in *d. L. talis*, *in fin. et d. L. cum res*, §. 1. *supr. de leg.* 1. sive opponatur verbo generis, ut hoc loco, et *L.* 2. *supr. si cer. pet.* Hoc eo moneri oportet diligentius, ne usu aliorum probatorum auctorum communi decepti, in iure de-

definitionis propositæ erremus; simul ut nonnulla quasi novitate verbi permoti quæramus, quam recte nostri hoc verbo ita utantur. Nam si illi recte: videri possunt nostri non recte, qui ab illorum usu discesserint; et maxime Dialecticorum; quorum propria sunt ista, quæ disseruntur de genere et specie, et a quibus in generibus rerum exprimendis hæc verba nata sunt. Et quocunque modo verbum speciei alii usurpent, semper hic tenebimus nostris constare huius usus et appellationis rationem. Omnes enim concedunt speciem dictam esse *a specio* antiquo verbo, quod video et specto significat. Necesse est igitur eam rem significantissime et maxime proprie speciem dici, quæ verbi eius, unde dicitur, vim et significationem quam maxime retinet: id autem fit, cum species dicitur res nobis ita exposita, ut spectari, tangique possit: quod in solis corporibus contingit, quæ certo nomine aut alio aliquo modo demonstrata sunt. Quid ergo, dicet aliquis, tam multi excellentes philosophi, tam multi ex omni genere probati auctores aut hoc non viderunt, aut hac ratione contempta aliter usurpare maluerunt? Imo vero et viderunt illi, et ne quis illorum auctoritatem in huius verbi usu repudiet, eandem verbi notationem, eandem significationem in summa, quam nostri, secuti sunt, et speciem et ipsi vocarent quod spectaretur in rebus. Sed in re inter nostros et illos hoc interest, quod nostri de commutationibus rerum et translationibus agentes, in quas res corporales et singulæ, non universales cadunt: dum instituto faciunt convenienter; speciem dixerunt, rem quæ spectaretur oculis, et tangeretur manu, non quæ intelligeretur animo. Dialectici autem dum res multas una communione naturæ complecti, et tanquam ponere ob oculos volunt, rem a sensibus corporis ad animum revocantes, speciem dicunt rem, quæ et ipsa spectetur quidem, sed animo; ea est forma et velut imago multarum rerum ratione quadam naturæ similium communis animo comprehensa, qua ad singulas res propius spectandas utimur, ut quemadmodum ipsa cernitur animo, sic et ex ea spectentur res singulæ, dum unaquæque earum nobis proposita, et ad notionem animo informatam tanquam ad exemplar quoddam translata, facile pro ea quæ ei communioni subiecta sit, agnoscitur. Sed de verbo speciei satis.

15 † Quod ad generis nomen attinet, diligenter animadvertendum est, non hic dici genus neque id quod Dialectici vocant genus superius, neque id quod vocant speciem infimam, cum huic speciei individua subiiciunt, in quo falli facile est: denique cum *genus* promissum esse, legatum esse, præstandum esse dicitur: quod hic dicitur *genus*, re ipsa nihil minus esse, quam genus. Sive enim hoc verbo accipimus tantum id, quod in scholis vocant genus, ut animal; sive id etiam, quod appellant speciem tantum, ut hominem, ut probati auctores omnes sine hæsitatione loqui solent: certe utroque modo semper generis verbo verbum commune intelligitur ad multas res natura similes ita pertinens, ut eas etiam contineat: cuiusmodi est homo. Hominis sive genus sive speciem malumus dicere, uno nomine omnes homines continet, et qui hominem dicit, significatione verbi omnes complectitur. Nec quisquam est apud Dialecticos, aut eos, qui ex proprietate verbi loqui volunt, qui unum hominem genus vocet multoque minus duo homines dicuntur duæ species, aut duo hominum genera: est enim omnium hominum *genus* unum, non duo aut plura. Genus est, quod homines continet: homines sunt, qui eo genere continentur: quæ ita sunt contraria, ut quod de uno dicitur, id in hac repugnantia naturæ de altero dici non possit. Nunc autem *genus* hic dicitur res una ex toto genere. Id enim *genus* hoc loco Iuliano est homo, qui cum unus promittitur, dicitur *genus* in stipulatum deduci; cum plures: dicuntur *genera* deduci. At cum homo generaliter promittitur, nihil amplius intelligitur promitti, quam unus ex omnibus. L. 2. §. 1. *supr. L. in executione*, §. *pro parte*, *infr. eod.* Quemadmodum et legato homine, unus homo continetur legato, eoque soluto tam liberatur heres, quam si nominatim Stichus esset legatus. *L. cum incertus*, *supr. de legat.* 1. sed et hic duo homines *duo genera* appellantur, ubi constat a Iuliano duos homines distinctos intelligi. Neque alia generis significatio est apud Paulum in *L. 2. in princ. supr. si cert. pet.* cum enim dicit in mutuo non eandem speciem reddi debere, sed idem genus: perspicuum est hoc eum non dicere; totum genus reddi debere, seu omnes summas eodem genere comprehensas sed debere reddi unam quidem, verum non eandem illam numero, quæ data est, sed unam quæ sit ex eo genere. Ut appareat his locis, et generaliter quoties verbo generis Iurisconsulti res appellant, de quarum obligatione et præstatione agunt, toties hoc verbo significari rem unam ex toto genere ab aliis distinctam, designatam verbo generis. Nam quod Papinianus in *L.*

Mævius, §. *duorum*, *supr. de leg.* 2. scribit hominis legatum orationis compendio singulos homines, id est, omnes singulos continere, sic accipiendum est; ut contineat non collectim, ut præstentur omnes: sed disiunctim, ut liceat unum aliquem præstare ex omnibus. Atqui res una ex genere citra controversiam non est genus, cum longe aliud sit, quod continet aliud quod continetur; longe aliud totum, aliud pars: neque mutat naturam rerum, si res una ex universo genere verbo generis appelletur. Cur igitur a nostris dicitur genus, cum non sit? nempe propter nomen generis, quod ei tribuitur: promittitur enim homo, non hic aut ille, sed homo generaliter et infinite, sive sub appellatione generis. Ita hic genus dicitur non re, sed nomine tenus; genus, non quia sit, sed quia nomine generis utatur: ut perspicuum sit non ex vero, sed ex abusu nominis genus
16 a nostris hoc modo appellari. † Ex quibus potest intelligi, si quæratur, quid intersit hoc loco inter genus et speciem, non esse harum rerum differentiam ex multitudine et numero rerum metiendam, quasi genus sit, quod multas res continet: species res una ex multis, quæ sub eo genere contineantur. Numerum rerum si spectamus, inter hæc nihil interest: cum et generis et speciei verbo non plures res contineantur, sed una dumtaxat; numerum si spectamus, interdum multo minus hominis stipulatio continet, quam Stichi: quia fieri potest, ut Stichus sit magni pretii; ex hominis autem generaliter promissi stipulatione electio est debitoris, cui licebit vilem hominem eligere. Sed discrimen positum est, in designatione rerum; in incertitudine denique, aut in certitudine appellationis. Species est, res una ex genere; sed suo et proprio nomine appellata; et ideo certa. Genus res quidem una ex universo genere itidem ut species; sed designata verbo generis, et communi: proinde et incerta, ut est generale omne nomen et commune, incertum; quia indefinitum. Quibus de vi verborum cognitis; cum aliam divisionem speciebus, aliam generibus tribuit hoc loco Iulianus; apparet
17 hoc eum dicere, † cum de divisione stipulationis agitur, rebus certis promissis, singula corpora dividi: rebus incertis, idest, generaliter et indefinite promissis, sic singula corpora indivisa manere, ut ea unicuique ex creditoribus in numerum cedant, ut idem loquitur paulo post, idest, ad certum nu-
18 merum divisa cuique acquirantur. † Sed cum duas hasce res tantum nominet Iulianus, species et genera; videturne his duabus omnia esse complexus, quæ in stipulationem deducuntur, et de quorum divisione agi potest? Quid enim, si quantitas promissa sit, idest, id quod pondere, numero, aut mensura constet; ut decem aurei, decem modii tritici, decem amphoræ vini Campani? nam hic utriusque generis domonstrandi eausa exemplis tantum certorum hominum, et hominum generaliter promissorum Iulianus usus est: quantitatis nullam mentionem fecit. Quid, si plures operæ sint promissæ, res non in dando, sed in faciendo consistentes? Et corpora omnia dubium non est his duobus satis contineri, cum pariter subsistant omnia, et pariter aut certa sint, aut incerta. Nam de quantitate cur dubitetur? omnia enim hæc: aurei, triticum, vinum, et similia, nomina sunt generis, idest, communia, ad infinitas aureorum, tritici, vini species pertinentia. Itaque et ad nomen generis hic referenda sunt; nec minus et ad definitionem de generibus hic traditam pertinent, de quibus in *L. cum Stichus*, *in fin. infr. de sol.* ab Ulpiano nominatim ita scriptum est: *sed in nummis*, *et oleo*, *ac frumento*, *et similibus*, *quæ communi specie continentur*, *apparet hoc actum*, *ut numero dividatur obligatio.* Sed cum omnia verbo generis contineantur, non fuit, cur ea tanquam tertium quoddam genus separatum ad definitionem Iuliani adiiceremus. Eadem causa rei incorporalis, quæ divisionem recipiat: ut ususfructus duorum fundorum, quem aut duo ab eodem domino simul stipulantur, aut stipuletur servus communis. Ususfructus enim cum sit in corpore fundi, etiam eius corporis divisionem sequitur, sive pro diviso fundus dividatur, sive pro indiviso. *L.* 2. *et L.* 5. *supr. de usuf.* Proinde ut erunt fundi certi, aut incerti, quorum ususfructus in stipulatum deductus erit, ita aut singulorum fundorum ususfructus pars cuique debebitur; aut unius fundi ususfructus uni cedet: alterius alteri: sic enim fit, ut aut specierum ususfructus in stipulatum deductus intelligatur, aut generum. Quod si res facti in stipulatum deducta sit, ut plures operæ, sic de eo genere agit Iulianus, quasi ad species aut genera non pertineat, et ideo constituat tertium quoddam genus, cuius ratio separatim tractanda fuerit. Nam et de operarum stipulationis divisione separatim agit; et de ea ita scribit, ut dicat generum stipulationi esse similem: nullum simile idem. Et certe proprie et species et genera dicuntur res, ut sunt ea, quæ de istorum verborum usu ante disseruimus:

ruimus: quo sensu facta etsi incerta, non sunt genera: proinde nec operæ. Facta enim res non sunt; quinimo hæc ab illis ut species contrariæ distinguuntur in §. *ult. Inst. eod.* Sed hoc recte dicitur, cum specialiter rei verbum usurpatur. Cæterum generaliter rei verbo continentur et facta, et quidquid est, quod geritur in rebus humanis; præsertim cuius aliqua obligatio et præstatio est: ut non sit absurdum operas tot dierum vocare genera ex superiore definitione. Nam si operæ res sunt, sunt certe generaliter et indefinite promissæ, postquam dies generaliter nominati sunt, non hi aut illi dies, quorum præstarentur operæ. Quo fit, ut specierum et generum enumeratio satis et operas plures incertorum dierum, ac proinde res omnes sit complexa. Veruntamen ne quis de eo litigaret, an operæ tot dierum genera dicenda sint, maluit Iulianus et de iis separatim præcipere. Interim de iis ita scribit, ut quamvis concesserit earum stipulationem non esse stipulationem generum; tamen dicat esse illi similem: ideoque divisionem huius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedere. Et recte operarum stipulationem illi alteri similem facit: nam ut in pluribus hominibus generaliter promissis; sic in operis accidit, ut plures res, certe plura facta generaliter et indefinite promittantur, ut dixi. Ex quo colligimus, quæcunque in stipulatum deducuntur, si re species aut genera non sunt, similitudine certe naturæ et rationis ad horum alterum referri: ut proinde et iure harum rerum contineantur.

19 † Iam videamus, quod in hac definitione secundo loco spectandum esse diximus, sitne hoc ius de divisione stipulationis exploratum et perpetuum, ut in speciebus omnibus singulorum corporum debeantur partes; in generibus numero fiat divisio; est enim in utroque genere rerum, quod videatur posse dubitari. Et quidem inter species dubitationem mihi habere videtur certa summa, omneque corpus certum quod pondere, numero, mensurave constet. Finge promissam esse pecuniam, quæ in illa arca est; frumentum quod est in illo horreo; vinum quod est in illa apotheca. Convenit in his omnibus, ut certum corpus, ita et speciem contineri; sic enim diserte scriptum est in *L. talis, in fi. et L. cum*
20 *res*, §. 1. *supr. de leg.* 1. † Quid fiet igitur si duo sint stipulatoris heredes ex æquis partibus, et centum aurei in cista fuisse proponantur? absurdum sit omnino istam summam aliter inter eos dividi, quam ut singulis exsolvantur quinquaginta: idest, quam ut inter eos numero dividatur ea summa pro parte hereditaria: cum hæc divisio neutri noceat ulla in re, utrique summe prosit. Ut autem singuli aurei communes inter heredes fiant, non tam sit ipsis inutile, quam ridiculum: quoniam nihil sit in numeri divisione incommodi, quod metui debeat. Et vero ita certum corpus pecuniæ debitæ heredibus exsolvendum esse responsum est in pecunia in sacculo signato deposita, quam unus ex heredibus eius, qui deposuit, repetitum venit, in *L.* 1. §. *si pecunia, supr. depo.* Atqui Iulianus generaliter definit, cum species stipulamur, necesse esse inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debeantur. Ego si de divisione ipsius pecuniæ agatur, non aliter divisionem fieri posse aut debere concedo, quam numero, ut et commoditas promissoris, ac stipulatorum exigit, et confirmatur in *d. L.* 1. §. *si pecunia.* Sed hoc non efficit, quominus etiam in corpore certo, et specie pecuniæ vera sit Iuliani definitio hoc loco, quam de stipulationis divisione ita scribit, non ut dicat partes corporum cuique præstari, sed deberi. Ita est: cum ad exsolutionem et divisionem nummorum ventum erit, quæ fit a Iudice, centum in bis quinquaginta inter duos heredes dividentur: quia aliter a Iudice fieri commode non potest; interim ante singulorum nummorum partes cuique debebuntur, iuxta definitionem. Neque hoc sine fructu dicitur, partes singulorum nummorum cuique deberi, etsi in exsolutione et divisione singuli tantum ferant integra quinquaginta; pertinet enim hoc ad periculum nummorum inter heredes partiendum. Nam si proponantur quinquaginta ex illa cista vi ablata esse; ea utrique heredi, cui partes eorum debebantur, perierint, non uni dumtaxat. Sed cur, cum singulorum nummorum debeantur partes, non etiam illi ita solvuntur, ut heredes habeant partes singulorum, fiantque nummi hoc modo communes: aut si placet numero solutionem fieri, cur non et ab initio placet ita fieri obligationis divisionem, ut sic aut obligationi solutio, aut solutioni obligatio respondeat? Puto ideo, quod cum certa corpora nummorum in stipulatum venerint, ratio stipulationis et obligationis postulet, ut singulorum corporum non solum debeantur partes, sed etiam solvantur; quod autem exsolutio ipsa aliter fit, præter naturam et subtilitatem obligationis receptum esse propter commoditatem divisionis, et stipulatorum utilitatem. † 21

Quid, si numero nominatim adiecto species in stipulatum deductæ sint; puta, duo Stichi promissi, aut duo Pamphili? Sunt, qui species ita promissas numero dividendas scribant. Sed Iuliani definitio generalis est, cum species in stipulatum deducuntur, necesse esse partes corporum deberi; sunt autem species, non genera duo Stichi, non minus, quam Stichus et Pamphilus. Et certe ridiculum est, si duobus Stichis in medio positis, quos quis sibi stipulari velit, dicam interesse, utrum ita stipuletur, hunc et illum Stichum dabis: an hoc modo, hos duos Stichos dabis? cum utraque oratione pariter duo Stichi demonstrentur. Nam quod Iulianus ita scribit, *veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus*; exempli caussa dictum est, ut apparet: cæterum ipsa definitio, cuius hoc exemplum proponitur, paulo ante generaliter est concepta. Quod si numerus duorum Stichorum adiectus, dissimilitudinem facit, dicendum fuit in divisione stipulationis non fuisse distinguendas species a generibus; sed stipulationes eas, quæ numerum rerum promissarum non exprimunt, ab iis quæ exprimunt: ut in illis partes corporum fiant, in his obligatio numero dividatur. Quod longe aliter factum videmus, nempe omnem huius distinctionis rationem in eo positam esse, quod in stipulationibus alias species deducuntur, alias genera. Neque vero quidquam iuvat istam sententiam ea ratio, qua conantur probare duobus Stichis promissis numero stipulationem dividi debere: quinimo eam maxime refellit. Ambigua, inquiunt, vox est *duo Stichi*: atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest; ergo duo Stichi non corpore dividendi sunt, sed numero: quia commodior est stipulatoribus numeri divisio. In hac ratione falsa omnia sumuntur, ut necesse sit contrariis antecedentibus positis contrarium etiam consequi. Ambigua vox est, *decem homines* apud Ulpianum in *d. L. cum Stichus*, *de sol.* sed decem homines, inquam, ubi generaliter homines promittuntur; quemadmodum *decem denarii*: genus enim incertum et ambiguum. Sed non ideo efficitur ambiguam vocem esse, *duos Stichos*: nihil enim ambigue aut obscure dicit qui certam speciem demonstrat: alioqui non esset certa stipulatio duorum Stichorum; omne enim ambiguum incertum: certa autem ea stipulatio; non ergo ambigua: *duo*, quidem *et decem*, ambiguæ voces sunt: sed *duo Stichi* non est vox ambigua. Verumtamen demus esse ambiguam non minus, quam illam, *decem homines*; non ideo tamen duorum Stichorum stipulatio dividenda numero, quia est ambigua: cum in ambiguo sermone etiam alterius modi dimidium possit accipi, ut scilicet singulorum corporum partes debeantur. Imo, inquiunt, in ambiguo numeri divisio potius accipienda est; quia commodior est promissori et stipulatoribus. Hoc in generibus vere dicitur, in duobus Stichis perspicue falsum est: in quibus uni assignare unum, et alterum alteri, sine manifesta iniuria alterutrius non possumus, de quo paulo post plura. Itaque ut nihil sit aliud, tamen propter unam commoditatem stipulatorum maxime divisio numeri in duobus Stichis reiicienda est. Quid multa? in *d. L. cum Stichus*, *infr. de sol.* ut est lectio tum vulgaris, tum Pandectarum Florentinarum, aperte scriptum est quod in Sticho et Pamphilo promissis dictum erat, singulorum dimidium deberi, idem esse, *si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit.* Quo uno loco poteramus esse contenti, ne frustra in contraria sententia refellenda laboraremus. Sed illi locum emendandum putant, ut legatur negative, de qua emendatione, et toto eo loco paulo post dicemus. Rata est igitur Iuliani definitio in speciebus, ut in his in stipulatum deductis, hoc ipso quod species sunt, necesse sit corporum partes deberi; et ut debentur, ita consequens est cuique præstari, præterquam in certo corpore nummorum, et similium rerum promisso, ut supra diximus. Idque evenit inter quoscunque stipulatio iure dividatur, idest, et inter dominos, et inter heredes, et inter plures stipulandi reos.
† De generibus, si hunc locum sequimur, 22
nulla dubitatio, quin iuxta definitionem Iuliani in omnibus divisio fieri debeat numero, nam cum de his generalis ea definitio est: tum vero ad eam confirmandam exemplo duorum hominum promissorum Iulianus utitur: quorum utrumque, cum præstabitur, certo corpore, et certa divisione natura constare oportet: constat autem homines non esse ex genere earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave continentur. Ac de hominibus, et similibus rebus maior dubitatio erat: nam si de iis quæritur, quæ quantitate constant, res est extra controversiam in his numero obligationem dividi: ut de his extat definitio Ulpiani diserte scripta in *d. L. cum Stichus*, *in fin. de solu.* Sed tamen de hominibus et similibus rebus generaliter promissis, ancipitem quæstionem fecit lectio recepta in *d. L. cum Stichus*, ubi

ita

23 ta legitur: † *Cum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus alteri Pamphilus solvi potest, sed dimidiæ singulorum partes debentur*: hactenus sententia cum hoc loco consentiens. Sequitur: *Idemque est, si quis aut duos Stichos, aut duos Pamphilos dari promisit*, et hoc quoque cum definitione huius loci, quæ est de speciebus, consentiens. Sequitur, quod dissidet: *aut communi duorum servo homines decem dare promisit: nam ambigua vox est, decem homines, quemadmodum decem denarii: atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest.* Quibus verbis hoc exprimitur decem hominibus generaliter promissis, non numero fieri divisionem obligationis, sed singulorum decem partes cuique ex stipulandi reis, aut cuique ex dominis deberi, itidem ut deberentur si Stichus et Pamphilus promissi essent: de quibus initio dixerat. Non laboraremus, si cum Accursio dicere liceret, decem homines hic intelligi debere decem homines certos, et specialiter designatos; sic enim vere diceretur et in duobus Stichis et in decem Pamphilis idem esse, quod in Sticho et Pamphilo promissis. Sed nobis hoc dicere non licet, repugnantibus non solum verbis, sed etiam manifesta Ulpiani sententia: De decem hominibus promissis loquitur Ulpianus, non de decem certis. Homines promissos qui dicit, nec quidquam adiicit, homines generaliter promissos dicere intelligitur; ut hoc loco Iulianus, cum duos homines in stipulatum deductos proponit. Huc pertinet illud Papiniani, hominis legatum orationis compendio omnes homines continere: quod non fit, nisi hominis verbo genus intelligitur. *L. Mævius*, §. *duorum*, *de leg.* 2. nec vero hominis appellatio alia est in stipulatione, alia in legato. Quod autem ad sententiam Ulpiani attinet, hæc in iis, quæ sequuntur, liquido se ostendit. Sic enim de decem hominibus loquitur, ut de decem denariis: imo hæc inter se comparat, et pariter utramque vocem ambiguam esse dicit. Denarii autem apud illum non intelliguntur certi, sed generaliter et indefinite promissi denarii. Deinde ambiguam vocem esse ait, *decem homines*: quomodo ambigua vox decem Pamphilorum, idest, decem certorum hominum? nisi quis dicat ambiguam vocem esse, decem: quod verum est. Sed *decem homines* dicit Ulpianus, non decem simpliciter. Tum autem si decem homines certos intelligebat, cur non expressit, ut diceret decem Pamphilos esse promissos, ut prius dixerat duos Stichos, duos Pamphilos? Postremo hoc diligenter animadvertendum est si decem homines ille intellexit certos, otiosam esse hanc et nugatoriam de decem hominibus adiectionem: satis enim iam prius de duobus Stichis et de duobus Pamphilis expresserat: de quibus si intelligeretur quid esset iuris, non esset metuendum, ne quisquam aliud in decem Pamphilis certis et ipsis hominibus esse existimaret. Quod si decem homines, certos homines Ulpianus intelligit, et in his etiam singulorum hominum partes cuique ex dominis deberi ait, non autem numero fieri divisionem perspicuum est hoc eum dicere, quod Iuliani sententiæ hoc loco traditæ plane adversetur. Nihil enim ad rem pertinet, quod quidam tentant efficere, quod superius illud scripsit Ulpianus de decem hominibus servo communi promissis: quasi aliud iuris sit in decem hominibus alii promissis, quam servo communi. Nam et Iulianus hoc loco duobus hominibus promissis ait numero fieri divisionem, non solum inter dominos servi communis, sed etiam inter heredes eius, qui sibi decem homines sit stipulatus. Et vero ita est, ut pugnet unus locus cum altero, si vera est lectio *d. L. cum Stichus*, quam supra retulimus, ut legamus, *Idemque est, si quis*. Sed hoc ante omnia statuendum est, eam lectionem defendi non posse. Ad quod probandum si hoc argumento solum uterer, quod contrarium hoc loco Iulianus scripsit, ineptus essem: non enim si contrariæ horum locorum sententiæ sunt, ideo Ulpianus non ita scripsit, ut in *d. L. cum Stichus*, vulgo legitur: potuit enim a Iuliano dissentire. Sed ipse contextus Ulpiani abunde eam lectionem falsam esse, nec unquam Ulpiani fuisse ostendit; utpote admissa ea sententia quæ repudietur inferioribus Ulpiani verbis: neque id solum, sed etiam quæ sit eiusmodi, ut ei non modo non conveniat subiecta ratio, sed adversus eam maxime facere intelligatur. Inferiora verba sunt hæc: *sed in nummis, et oleo, ac frumento, et similibus, quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio.* Fit ergo numero divisio etiam in iis rebus, quæ communi specie continentur. Quid est species communis, nisi genus? opponitur enim communis privatæ et singulari, diciturque communis ea, quæ multas res sub se continens, ad eas omnes pariter et communiter pertinet: ut, homo species est communis omnium hominum: quia continet omnes singulos homines, qui ubique sunt, eiusque appellatio communiter et ex æquo ad omnes

omnes pertinet. Stichus autem et Pamphilus, et omnino singuli quotquot sunt; hominis speciem quidem habent, sed suam et propriam: communem certe non habent. Singuli species dici possunt: communis species dici non possunt: idemque de cæteris rebus omnibus singulis dicendum est. Quid est autem communi specie contineri apud Ulpianum? non utique contineri sub specie communi, seu eius partem esse, eique ut partem subiici: quomodo dicuntur singuli homines orationis compendio verbo hominis contineri; nam ista ratione etiam singulis hominibus certo et specialiter designatis promissis semper numero fieret divisio: quia etiam hi sub genere continentur: quod et falsum est, et Ulpianus initio eius capitis negat. Sed communis species hoc loco posita est pro verbo communis speciei seu pro verbo generis; ut supra docuimus genus dici, quod habet appellationem generis, seu quod generis nomine appellatur. Contineri autem eo verbo dictum est ab Ulpiano, ut sit, ita comprehendi, ut intra eam appellationem contineatur. Ut in summa *contineri communi specie* dicantur Ulpiano, quæ appellantur nomine generis, et intra eam appellationem consistunt. Sunt, qui his verbis interpretentur eas res, quæ pondere, numero, mensurave constant præter eas, quas Ulpianus ex eo genere specialiter enumeraverat; quia dicit et *similibus*. Et sunt sane hæ omnes huiusmodi, quæ et sub specie communi contineantur, et quæ exprimantur sub appellatione generis: sed non solæ: habent enim et cæteræ res omnes communem speciem suam, et commune genus: utque eo re ipsa continentur; ita et eius nomine appellari ac designari possunt. Ita superioribus verbis hoc exprimitur, non solum in reliquis rebus quæ quantitate constant; sed in universum in omnibus generibus, seu iis rebus, quæ generaliter et communis speciei verbo appellentur, si superior lectio vera est, prius Ulpianus negaverat. Iam vero si ex ea lectione definit, decem hominibus generaliter promissis, corporum singulorum partes deberi: qualis est ea ratio, qua ad id confirmandum utitur? plane nugatoria, et quæ ipsum oppugnat potius. Non enim si ambigua vox est *decem homines*, et eius rei dimidium duobus modis accipi potest, ut ipse dicit; ideo confectum est, eo modo potius debuisse stipulationem dividi, quo dicit, quam altero: prius enim doceret id interpretationi ambiguæ orationis convenire, quod longe secus est. Id enim in ambigua stipulatione sumi debet, quod actum et cogitatum est. *L. cum, qui Calendis, supr. eod. L. ubi. L. cum in testamento, supr. de rebus dub.* Atque id actum esse intelligitur, ut fiat quod commodius promissori stipulatoribusque est. *d. L. cum Stichus, in fin.* hæc enim mens est contrahentium, ut sibi quam maxime consultum velint. Proinde quod ambigua vox est *decem homines*, hoc uno maxime argumento efficitur, stipulationem decem hominum dividi numero debuisse. Hæc enim divisio contrahentibus commodior, ut idem *ead. L.* scribit in extremo. Hæc ita esse nec viri docti diffitentur; sed morbum vident plerique, restitutionem quærunt; quam dum non satis idoneam reperiunt, manentes in vetere lectione malunt ex ea rem expedire, ut possunt, quam id tentare, quo invento fortasse reponant deterius. Sunt tamen qui id tentarint, et negationem, quæ in Pandectis Florentinis initio *d. L. cum Stichus*, redundabat (quod declaratur semicircolis, quibus illa inclusa est) ita loco in quo stare non potest, movendam putent, ut ad verba proxima *idemque erit*, transferatur, ne sit otiosa; itaque sic locum restituunt, *Idemque non erit, si quis*; ut his verbis hoc statuatur, in subiectis omnibus exemplis numero fieri divisionem. Laudanda negationis retentio et translatio, si hanc locus admitteret; sic enim fieret, quod frugi patribusfamil. accidit, ne quid ex iis quæ parta sunt, deperiret. Sed quominus ea recipiatur, et ratio reiecti sermonis, et sententiæ conditio palam reclamat. Primum si contrariam sententiam subiicere vellet Ulpianus, adversativa particula uteretur, aut nulla. Certe non uteretur coniunctiva; cui tunc solum locus est, cum volumus coniungere similes casus, similesque sententias. Itaque ita diceret, *Sed non idem est, si quis*: vel, Idem non est, si quis. Nunc autem hanc lectionem esse volumus, *Idemque non est, si quis*: quo modo scribi adversanti sententiæ omnino non convenit: hoc in ratione sermonis. Quod ad sententiam attinet, consideremus, quænam sit, quæ ex hac restitutione inducitur: nempe qua unum incommodum vitantes incidimus in alterum, quod non minus caveri oportebat: quod periculum in lectione affirmativa contrario modo metuebatur. Etenim ex hac negatione hoc constituitur, corporum partes non deberi ut prius, sed numero rerum fieri divisionem, non solum tunc, cum decem homines promissi sunt, quod verum est, et cum definitione huius loci convenit; sed etiam tunc cum quis duos Stichos

aut

aut duos Pamphilos dare promisit. Quod posterius cum per se falsum est, atque hoc loco Iuliani satis refellitur; tum vero ipsi Ulpiano id dicere non licet. Cur enim in eo aliud statuamus, quam tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt, in quibus prius dixerat corporum partes deberi, ratio reddi non potest. Sed hanc sententiam iam supra satis refutavi, cum de divisione specierum agerem. Quapropter nihilo plus ex hac lectione negativa consequimur ad horum locorum explicationem, quam ex vulgari affirmativa. Atqui alterutram esse necesse est, dixerit quispiam. Ita est, si legimus, *Idemque*, ut vulgo legitur. Sed si pro his verbis legimus, *Idemne est*, ut locus efferatur per interrogationem; unius literæ non tam mutatione quam inversione, u in n, et alterius detractione, quæ facile potuit irrepere apud eos, qui u legerent, nempe q, hoc assequemur, ut res sit expedita. Cum enim statuetur ea sententia, quæ per se verissima est, ac per omnia et in speciebus, et in generibus respondet huic loco: tum sequentia omnia apud Ulpianum mirifice cum principio consentient, et ipsa inter se cohærebunt, nec minus quo spectent, intelligetur. Est autem hæc sententia: cum statuisset Ulpianus, Sticho et Pamphilo promissis, dimidias singulorum partes cuique dominorum deberi: quærit, an et tunc idem sit, cum quis duos Stichos, aut duos Pamphilos dare promisit, aut cum promisit decem homines: et rationem adiicit, non cur putet idem dicendum esse; sed cur quærat, an in his idem dicendum sit, quod Sticho et Pamphilo promissis: *nam*, inquit, *ambigua vox est decem homines*; atque *utriusque rei*, id est, tam duorum Stichorum, aut duorum Pamphilorum, quam decem hominum *dimidium duobus modis intelligi potest*: nempe aut singulorum dimidium, aut ipsorum duorum vel decem, idest, huius numeri dimidium. Quæ dubitationis ratio facit, ut non statim idem dici debeat in his duobus, de quibus quæsiit, quod tunc, cum Stichus et Pamphilus coniunctim promissi sunt: ubi nulla est numeri adiectio, quæ ambiguitatem pariat. Respondet hoc modo; *sed in nummis et oleo, et similibus, quæ communi specie continentur*, idest, quæ intra generis nomen consistunt, denique quæ genera sunt, non species, *apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio*: quasi ita diceret: sed nummi, idest, soli nummi, et similia quæ generaliter et indefinite promittuntur, ea sunt in quibus propter ambiguitatem superiorem recte dixeris non idem esse, quod Sticho et Pamphilo promissis: sed numero in his faciendam esse divisionem: quia id actum est; et ideo actum, quia in his obligationem ita dividi, commodius est et promissori et stipulatoribus: cæterum duobus Stichis promissis, aut duobus Pamphilis, qui non communi specie, sed privata et singulari constant, non efficiet ea dubitationis ratio, quominus in his idem dicendum sit, quod in Sticho et Pamphilo diximus, ut in omnibus, quia species promissæ sunt, singulorum partes cuique ex creditoribus debeantur: contraria videlicet de caussa, quia non sit aliter commodum stipulatoribus, de quo postea suo loco. Quæ interpretatio declarat, quod dixi, quam sint in hac lectione omnia expedita cum ad explicationem verborum Ulpiani in *dict. L. cum Stichus*; tum ad eam sententiam per omnia confirmandam, quæ hoc loco de divisione specierum et generum tradita est. Itaque etsi ex ea nihil aliud esset commodi, quam quod verbis conveniens, sententiam Ulpiani omni reprehensione liberat, locos iuris alioqui manifeste contrarios quam optime conciliat: tamen ea commoditas non videtur fuisse amittenda. Sed quoniam dici potest mutare nos veterem et receptam scripturam, quod fieri temere non debeat: facilem cuivis esse hanc expediendi sui rationem, cum aliud non habeat, quod dicat: dicere locum esse corruptum, et reponere id quod videatur commodum ad effugiendum: periculosam esse hanc locorum mutationem, qua fiat, ut in libris publicæ auctoritatis et fidei nihil certi habeatur: docebo sic hanc lectionem convenire responso Ulpiani, ut alia non possit; breviter ita, ut ex contextu appareat non aliter scripsisse Ulpianum. Mitto veritatem et certitudinem sententiæ, quæ ex hac lectione efficitur: de contextu loquor. Aio duo esse in contextu, quæ plane convincant in illis verbis, *Idemque est*, non affirmare Ulpianum in subiectis exemplis idem esse, aut non esse quod esse prius dixerat de divisione singulorum corporum Sticho et Pamphilo promissis; sed solum hoc in quæstione ponere, an idem sit. Duo hæc sunt, ratio quam subiicit in illis verbis, *nam ambigua vox est*; et id quod in extremo definit de iis dividendis, quæ communi specie continentur. Illis verbis, *nam ambigua vox est decem homines, quemadmodum decem denarii*, ea ratio exprimitur, quam constet eiusmodi affirmationi aut negationi probandæ convenire non posse. Fingamus enim orationem affirmativam præcedere, ut

est

est lectio vulgaris, qua statuat et duobus Stichis promissis, et promissis decem hominibus corporum partes deberi, ut tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt: non potest nisi ridicule ad id probandum illa ratio adhiberi: non enim si ambigua vox est *decem homines*, idcirco consequens est, promissis decem hominibus, corporum divisionem esse admittendam: sed contrarium potius efficitur, ut supra ostendi. Fingamus præcedere orationem negativam, ut idem non esse dicat in subiectis exemplis, puta, in duobus Stichis, vel duobus Pamphilis, aut decem hominibus promissis: sed velit in his numero fieri divisionem: nihilo rectius hoc ita in duobus Stichis promissis faciendam esse ex eo colligetur, quod dicatur vox esse ambigua, *duo Stichi*, aut duo Pamphili: sed potius hoc in contrarium valere supra quoque ostendi. Proinde, ut dixi, neque affirmationi neque negationi ulli præcedenti hæc ratio congruit. At congruit optime interrogationi: ut sit ratio caussam explicans, cur dubitetur, an in exemplis propositis idem dicendum sit, quod tunc cum Stichus et Pamphilus promissi sunt. Nam si in illis ambigua vox est, *duo Stichi*, *decem homines*; est, cur existimetur non idem in iis esse dicendum; quod, Sticho et Pamphilo promissis: quia hic numerus non adiicitur, eoque nihil ambigui habet ea oratio in ratione dividendæ stipulationis: ex quo istorum exemplorum dissimilitudo. Iam definitio illa extrema, qua Ulpianus definit numero dividi obligationem in iis quæ specie communi continentur, nonne evidenter arguit nihil illum prius aut de duobus Stichis, vel duobus Pamphilis, aut de decem hominibus generaliter promissis affirmare in utramvis partem? Sane quam evidentissime: etenim his verbis, ut dixi, significat numero divisionem fieri in iis, quæ communi verbo speciei seu generis comprehenduntur, et appellantur. Neque enim ea verba ad eas solum species, quæ pondere, numero, mensurave constant, pertinere possunt: cum non magis ista communem speciem habeant, aut ea contineantur, quocunque modo hoc *contineri* libet interpretari; quam res omnes aliæ, quæ et ipsæ suum genus, suam speciem communem habent, de quo ante satis multa dixi. Et quamvis quis ea verba de iis tantum accipiat, quæ quantitate constant, tamen res eandem vim habitura est: huc enim redibit, ut et genera reliqua eadem definitione contineri oporteat: propterea quod et aliorum generum eadem ratio est in numeri divisione, ut postea dicetur. Significat igitur, ut dixi, illis verbis in generibus, quas communes species vocat, numero fieri divisionem. Et dum in generibus id fieri definit, tacite in speciebus idem fieri negat: alioqui male definitionem ad ea tantum conferret, quæ *communi specie continentur*. Hoc posito, fieri non potest, quin postrema hac definitione evertat aliquid eorum quæ prius statuerat de duobus Stichis, aut de decem hominibus promissis: si modo de his prius aliquid statuerat: idque ita est, sive affirmando statuit, sive negando. Nam si ex lectione affirmativa, *Idemque est*, dixit in his corporum partes deberi, falsum id esse reperietur in decem hominibus ex definitione inferiore. Sin ex lectione negativa dixit in his non idem esse, sed in omnibus numero fieri divisionem; falsum id quoque reperietur in duobus Stichis ex sententia eiusdem definitionis. Si enim numero dividitur obligatio in iis tantum, quæ communi specie continentur, necesse est non dividi hoc modo in duobus Stichis aut duobus Pamphilis, qui privata specie continentur, et sua, non communi. Nemo autem dicet Ulpianum in tam brevi responso tribus tantum interiectis verbis pugnantia secum scripsisse, et mutasse imprudenter, quæ prius affirmarat: quod non esset sani hominis. Proinde nihil neque de generibus, neque de duobus Stichis aut duobus Pamphilis prius quidquam affirmavit. Ex quo relinquitur eum et de duobus Stichis, et de decem hominibus quæstionem tantum posuisse per interrogationem, adiuncta tamen dubitationis ratione; ad hanc quæstionem respondere eum per adversativam, eamque decidere in illis verbis, *sed in nummis*, ad eam sententiam, quam supra exposuimus. Hac vero sententia posita statuitur generalis definitio de dividendis generibus eadem, quæ hoc loco a Iuliano: nempe quæ sit perpetua in omnibus, ut in his dividatur obligatio numero. Atque hæc ita statuitur in generibus, ut simul contraria in specierum divisione relinquatur. Ita fit, quod quærimus, ut Ulpiani disputatio et sententia in *d. L. cum Stichus*, cum sententia Iuliani atque hoc loco omni ex parte consentiat. † Illud in ge- 24
neribus diligenter notandum est; quod dicitur in his numero stipulationem dividi, ubique de pluribus generibus dictum esse; consulto: ut intelligeremus non de uno, consulto: ut intelligeremus non de uno, plura hanc divisionem admittere; unum nequaquam. Quod non tam iure efficitur, quam

quam natura: ut enim dividatur quid numero, prius numerum esse oportet: numerum autem nisi in plures res non cadit. Unitas numerus non est, sed initium numeri. Hinc Iulianus hoc loco cum de pluribus dividendæ stipulationis modis egeret, consulto definitionem concepit de speciebus, et generibus numero plurali. *In stipulationibus*, inquit, *alias species alias genera deducuntur*; *et*, *cum species stipulamur*: et mox, *quoties autem genera stipulamur*, idemque earum rerum exempla proponens semper plurium hominum promissorum exemplis usus est; non quod unum corpus non posset dividi, sive id certum, sive generaliter promissum esset: sed quod non posset, nisi uno modo, nempe in partes eiusdem corporis; ipse autem de pluribus dividendi modis tractationem instituisset; quorum capaces essent natura res omnes plures, quæ modo singulæ divisionem reciperent. Hinc est etiam, quod idem cum de pluribus operis scripsisset, eas numero dividi, hoc ad unam operam non pertinere subiecit: sed ait necesse esse partem eius operæ cuique ex creditoribus deberi, ut et de partibus cuiusque speciei prius scripserat. Solum hoc inter rem corporalem unam, et unam operam interesse docet, quod corpus quamvis generaliter promissum, pro parte indivisa deberi et exsolvi potest, quia natura divisionem recipit: *L.* 2. §. 1. et §. *ex his*, *supr. eod.* opera autem una, utpote indivisa natura, pro parte quidem peti potest, ut petitio ad æstimationis partis solutionem referatur; solvi autem pro parte non potest: ut proinde necesse sit aut huius solvi æstimationem, aut eam duobus patronis si consentient, communiter edi. Quare sit iam hæc summa de eo quod secundo loco quærebatur, perpetuum ius esse, quod de divisione tum specierum, tum generum hic Iulianus tradit, ut in speciebus omnibus singulorum corporum servetur divisio: in generibus semper res numero dividatur; in quibus tamen numeri divisio natura esse possit; quod fit, cum plura genera sunt promissa.

25 † Hac dividendæ stipulationis ratione pro distinctione rerum constituta, superest, ut congnoscamus, quæ fuerit ratio veteribus huius distinctionis introducendæ. Neque enim ulla necessitas naturæ est, quæ hic cogat species aut genera uno potius modo dividi, quam altero: cum et duobus Stichis promissis, et promissis generaliter decem hominibus rerum præstandarum conditio utramque admittat divisionem. Sed in æquitatis et iuris ratione distinctio posita est tota; cum etsi natura aliud ferat; tamen placet rectum esse hoc aut illo modo tantum stipulationem dividi: Quæritur igitur quænam hæc sit æquitatis aut utilitatis ratio. Quæstio non ita fortasse omnibus expedita; nam quod Accursius hoc loco scribit eo fieri, quia aliter statui non possit sine alterius captione, in speciebus recte dicitur; ad genera non pertinet. Non enim si decem hominibus generaliter promissis, mortuo stipulatore decem omnes duobus heredibus stipulatoris ita solvantur, ut singuli singulorum corporum partem habeant, ideo tamen alteri fiat iniuria: alioqui ne in pluribus quidem speciebus promissis diceretur hæc divisio iniuria carere. Sed nec in speciebus videtur satis rem explicasse, si quis dixerit æquitatis rationem facere, ut corporum partes debeantur. Iulianus enim hoc loco non dicit æquum esse has partes corporum cuique deberi, sed necesse esse; inter quæ multum interest: cum altero significetur fieri quidem posse aliter, sed non debere: altero ne fieri quidem aliter posse. Quare non erit inutile et de hac parte nonnihil dicere; ac primum de specierum divisione. Recte Iulianus, cum species stipulamur, sic inter dominos et heredes stipulationem dividi ait, ut necesse sit corporum partes cuique deberi; hoc enim scribit ex conditione quæstionis propositæ. Prius hoc sumit pro confesso, esse aliquos, inter quos stipulatio dividi debeat. Quæritur inter quos dividi debet, quomodo debeat. Respondet ex hypothesi, si species promissæ sunt, et stipulatio dividi debet, consequens esse partes corporum cuique deberi, non quia æquum sit, sed quia ad divisionem faciendam sit necesse. Id facit natura divisionis, et rerum de quibus agitur. Divisio non est divisio; nisi ex ea unus tantum accipiat, quantum alter; aut per omnia, si rem ex æquis partibus inter aliquos ius dividi iubet; aut pro portione, si ius vult dividi ex inæqualibus partibus, quales plerunque esse solent dominicæ, et hereditariæ. Porro in speciebus, si numero stipulationem dividimus, rerum natura non recipit eam divisionem, quam diximus. Sic enim sunt species, ut fere nunquam idem præstent: sed aut una aliis sit melior, et pretiosior, aut uni commodior et aptior; ex quo eveniet, ut si uni unam assignemus, alteri alteram, aperte unus plus, minusve consequatur, quam alter; quod est contra eam divisionis naturam et legem, quam ius exigit. Necesse igitur

tur alteram dividendi rationem admitti, si istam divisionis legem servari volumus: nempe ut singulorum corporum partes cuique debeantur. Hæc divisionis forma eam æqualitatem præstabit, quam quærimus; qualescunque enim res erunt singulæ, sive pares, sive impares, semper ii, inter quos divisionem fieri oportet, commoda et incommoda cuiusque rei ea divisione inter se partientur. Hæc ratio ostendit verum esse, quod supra diximus non solum necesse esse species hoc modo dividi, cum Stichus et Pamphilus promissi sunt: sed etiam cum duo Stichi hoc modo, duos illos Stichos dabis? numerus enim expressus non facit, quominus species promissæ sint; neque prohibebit divisionis iniuriam, si numero stipulatio dividetur. Eadem ratio ostendit etiam in certo corpore pecuniæ promisso, recte dici ab initio corporum partes deberi, ut sit periculum singulorum inter eos commune, ad quos ea stipulatio pertinet. Hæc de specierum divisione. De divisione generum paulo dubitatio maior: nam hæc ipsa ratio, qua in speciebus modo fieri diximus, ut corporum debeantur partes, itidem exigere videtur in generibus, ut et in his eadem dividendi ratio servetur. Quid enim? an in his minus præstatur partium æqualitas corporum divisione? imo eodem modo. Ut puta, decem homines promissi sunt: hi ita solvuntur a promissore duobus stipulatoris heredibus, ut quisque singulorum hominum dimidium habeat. Palam est hanc divisionem hoc efficere, ut quæcunque erunt commoda aut incommoda in singulis hominibus, ea ex æquo ad singulos heredes perveniant; nihilo certe minus, quam si decem Stichi promissi hoc modo inter eos divisi essent. Qui fit ergo, ut hæc quoque non recipiatur in generibus, postquam divisione hanc æqualitatem partium quærimus? quia numeri divisio in generibus commodior est et promissori et stipulatoribus, ut est apud Ulpianum in *d. L. cum Stichus*, *in fin. de sol.* Nam præterquam quod hanc ipsam æqualitatem præstat, quæ iure ex divisione esse debet, quamque affert divisio corporum; etiam hoc tribuit, ut divisæ et separatæ partes habeantur: propter quam commoditatem sola in his recepta est. Iam primum hoc statui debet, cum ex decem hominibus generaliter promissis uni heredum quinque præstantur, alteri alii quinque, cum ex æquis partibus heredes essent: hic neutri iniuriam fieri, sed tantum quemque consequi, quantum eos ex ea stipulatione pro parte consequi oportuit; qualescunque tandem sint homines, quos singulis promissor exsolverit. Ex hac enim stipulatione cum promissoris electio sit, minimi pretii homines debentur. Itaque si tales omni ex parte promissor præstat singulis, habent illi ex æquo quod ex stipulatione debebatur. Sin dat uni pretiosiores, non ideo tamen hæc inæqualis stipulationis divisio est; quia quatenus tales sunt, in eo nihil fit ex stipulatione: quod enim amplius est, ideo præstat promissor, quia vult, non quia obligatione cogebatur: ut nihil sit omnino, quod quæratur alter ex heredibus, quasi deteriores accipiendo minus consequatur, quam illi debebatur; cum nihil deberetur amplius. Ex quo apparet non in oleo tantum, vino, frumento, et omnibus iis quæ pondere, numero, mensurave constant, de quibus aperte scriptum est in *L. cum Stichus*, *de sol.* recte receptam esse hanc divisionem, ut numero fiat divisio, quoniam constet has in suo genere functionem recipere, ut quæ in pari quantitate tantumdem præstent, *L.* 2. §. 1. *supr. si cer. pet.* sed etiam recte receptam in cæteris rebus, quæ si singulæ spectentur, dissimiles sunt, neque idem valent; si modo generaliter sint promissæ: quoniam in utroque genere divisio numeri pariter iniuria careat. Sed non est satis in proposito hoc dici, numeri divisionem in generibus non minus carere iniuria, quam divisionem corporum. Hæc enim ratio efficere potest, ut pariter admitti debeat, nec quidquam intersit, utro ex his modis stipulatio generum dividatur: ut autem sola admittatur, non facit: nunc autem solum eam in his receptam esse convenit, ac cur sola recepta sit, quærimus. Hoc est igitur, quod in generibus in numeri divisione amplius esse dicimus, quam in divisione corporum, quamobrem illa in hoc genere sola sit recepta, quod partes divisas et discretas, easdemque rerum integrarum partes cuique tribuit. † In quo duo 26
sunt commoda: unum, quod cuique heredum partem suam sibi privatim habere, ea uti frui pro arbitrio liceat sine interpellatione cuiusquam. Alterum, quod res a communione recedens effugit ea incommoda, quæ communio afferre consuevit: discordias, quas materia communionis solet excitare: *L. cum pater*, §. *dulcissimis*, *supr. de leg.* 2. obligationem earum rerum, quas socius socio in rerum communium administratione præstare cogitur. *L.* 3. *supr. pro soc. L. heredes*, §. *non tantum*, *infr.*

fa.

fa. er. Fatendum quidem est, etsi in dividenda stipulatione hæc distinctio rerum non inducatur; quam affert numeri divisio, sed solum corporum partes fiant; quæ sunt indivisæ: tamen nihil fieri in eo præter naturam divisionis: imo vero tunc maxime stipulationem dividi, cum res singulæ stipulatione comprehensæ dividuntur: quo fit, ut nec dici possit necesse esse ad dividendam generum stipulationem, numero stipulationem dividi. Unde observandnm est Iulianum hoc loco: cum in speciebus bis dixisset necesse esse partes corporum deberi nusquam tamen in generibus necessitatis verbo esse usum; sed tantum dixisse, cum genera stipulamur, numero dividi obligationem. Sed etsi ad divisionem faciendam non est necesse stipulationem ita dividi: est tamen ad utilitatem promissoris et stipulantium commodius. Proinde hæc commoditas potius sequenda: quasi in re quæ ad utilitatem et sensum contrahentium pertineat, id ab illis actum intelligatur. Quorum utrumque complexus est Ulpianus in *d. L. cum Stichus, in fin. de sol.* his verbis, *in nummis et oleo ac frumento et similibus, quæ communi specie continentur, apparet id actum, ut numero dividatur obligatio, quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est.* In his ergo numero dividitur obligatio, quia actum est: et ideo actum, quia contrahentibus commodius.

Ad L. Cum quis sibi aut Titio 55.

Idem libro XXXVI. Digestorum.

Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus est: soli Titio, non etiam successoribus eius recte solvitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, Mihi aut Titio dari, quatenus admittatur.*
2. *Adiectio diversæ rei aut diversi temporis quid efficiat, remissive.*
3. *Stipulationis superioris vis, et quid stipulatori, et quid Titio adiecto tribuat.*
4. *In stipulatione eiusmodi quid promissori tribuatur, et an ut solvendo, sic aliis modis satisfaciendo Titio liberetur.*
5. *Solvendi facultas personam adiecti, an egrediatur.*
6. *Adiecti statu mutato: facultas ei solvendi an intercidat: ubi et* princ. L. cum quis, infr. de solut. *explicatur.*
7. L. Stichum. §. usumfr. infr. de sol. *exponitur.*
8. *Adiecti conditio, ut qui servus aut pupillus sit, ad solutionem promissori nihil obstat.*
9. *Stipulatoris mutata voluntas, an promissori solventi adiecto ad liberationem officiat.*
10. *Promissor stipulatorem sæpius interpellantem frustrando, an facultatem adiecto solvendi amittat.*
11. *Adiecto solvendi potestas novatione et quavis conventione etiam extra iudicium interposita intercidit.*

1 Quod vetat regula iuris, alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum ubi acquiratur stipulatori ipsi, aut acquiratur etiam promissori: quominus stipulemur alteri: regula non est impedimento: ut suo loco docuimus ad §. *alteri*, *L. stipulatio ista, supr. eod.* Hinc illa, ut dixi, stipulatio recepta, mihi, aut Titio decem dare spondes: qua fiat videlicet, non ut Titio acquiratur quidquam, sed ut promissor, cum mihi obligetur soli, tamen possit Titio solvere, eoque facto liberetur. Ea admissa, duo quæsita sunt; primum quatenus admitteretur: deinde recte constituta quam vim haberet. Prius huiusmodi est: mihi aut Titio dari recte me stipulari constat, cum idem Titio, quod mihi stipulor, et eodem tempore, eademque conditione. † At quid, si ita 2
stipuler, mihi Stichum aut Titio decem dare spondes? aut quid, si diversa tempora disignem in utriusque persona: veluti, mihi Calendis Ianuariis, aut Titio Calendis Februariis dare spondes, aut contra? Hæc quæstio cum sit tractata in *L. ult. §. ult. infr.* eius explicationem in eum locum reiiciemus. † De vi huius stipula- 3
tionis, quæ altera quæstio est, multa sparsim tradita legimus cum sub hoc titulo, tum maxime sub titulo de solutionibus, infra, ex quo genere est hoc fragmentum. Quia vero hic locus de ea primus se dat, et huius argumenti quæstio est; dicam semel hoc loco quam brevissime po-

potero, quæ ad eam partem pertinent.
Id ita fiet commodissime, si spectabimus,
quid hæc stipulatio stipulatori ipsi tribuat,
quid Titio adiecto, quid promissori; tot
enim sunt; ad quos ea potest pertinere.
Ac de stipulatore dubitari non debet, quin
huic decem promissa debeantur, et de-
beantur solida, non pars dumtaxat; po-
tuit enim is stipulari sibi, quod ius omni-
bus concedit; et ut potuit, ita stipulatus
est. Nec vero quia decem duobus stipula-
tus est, ideo summa inter eos dividitur:
divideretur si coniunctim stipulatus esset
sibi, et Titio, ut initio *L. seq.* dicetur:
nunc autem aperte solida decem utrique
stipulatur, qui stipulatur disiunctim sibi,
aut Titio. Ergo stipulatori obligatio to-
tius rei in stipulatum deductæ acquiritur
citra dubitationem. §. *plane Instit. de i-
nutilib. stipulation.* Quid Titio? huic ni-
hil debetur: utpote cui iure nihil potuerit
acquiri prohibente regula iuris. Itaque quæ-
cunque dici solent de iis quibus nihil de-
betur, cum iure principalis obligationis,
tum in accessionibus, hæc in Titium con-
veniunt omnia. Scilicet quod in stipula-
tum deductum est, petere non potest. *L.
sed etsi, supr. de pec. const. L. quod
stipulatus*, 10. *infr. de sol.* promissorem
ullo suo facto liberare non potest *d. L.*
10. *de sol.* non pecunia ei suo nomine
potest constitui: *d. L. sed etsi, de pec.
con.* non fideiussor obligari: *L. fideiussor
obligari, infr. de fideius.* non pignus dari.
L. is qui, supr. de pign. Sed cuius rei
obligatio et petitio illi acquiri non potest
iure, hæc illi a promissore ultro solvi po-
test; quia ius non prohibet. Quo factum
est, ut, Titii persona interposita, id reli-
ctum sit in huius persona, quod iure fieri
poterat, ut scilicet ex conventione ei solvi
posset. *d. §. plane, de inutilib. stipula-
tionib. d. L. sed etsi, de pec. cons. dict.
L. fideiussor, de fideiuss.* Inde dictum est
in dicto §. *plane*, ex hac stipulatione non
obligationem, sed solutionem in extra-
neam personam Titii utiliter conferri. Er-
go saltem solutio in eum confertur, dicet
aliquis, contra quam patitur regula iuris,
quæ alteri per alterum quidquam acquiri
vetat. Sed quod dicitur, solutionem in
eum conferri, sic accipiendum est: ut in-
telligatur verbis conferri in eum, quia
designatur is cui solvi possit. Cæterum
re vera non confertur, ut quidem con-
ferri ea dicimus, quæ alicui acquiruntur:
non enim confertur solutio: nisi hac con-
ditione, si promissor velit: pro non dicto
est autem, quod dare quis nisi velit, co-
gi non potest. *L. sub hac. supr. prox. tit.*
Ita omnis hæc Titio solvendi facultas pro-
missoris caussa constituta est, non Titii.
† Restat ergo, ut quid hic promissori tri- 4
buatur ad liberationem, de quo præcipue
hic agitur, videamus. Et verba stipulatio-
nis non sunt obscura, ut si quæratur, quid
hæc tribuant, res sit in promptu. Sic enim
verba sunt: *aut Titio dare spondes?* ex
quibus sumptum est illud, quod tam mul-
tis locis traditur, Titio solvi posse. *d. §.
plane*; et aliis locis, quos paulo ante in-
dicavi. Sed quæritur de stipulationis et con-
trahentium sententia, primum plusne hic
liceat promissori, quam verba exprimunt:
quid enim si non solvat, sed aliis modis
satisfaciat Titio? quid si solvat alii quam
Titio, sed ei, qui eadem persona habea-
tur? Deinde si plus non licet, an saltem
liceat tantum, quantum verba concedunt.
Prius eadem ratio admittere videri potest:
posterius etiam exigere videntur verba sti-
pulationis. Sed neutrum placuit; ut brevi-
ter dici possit, neque hic ultra quam ver-
ba permittunt, promissori quidquam lice-
re; neque adeo per omnia licere tantum-
dem, de quibus ordine præcipiendum est.
Etsi de eo quæritur, plusne hic liceat,
quam verba exprimunt, sine exceptione di-
cendum est non licere: quod ex partibus
huius facultatis facile intelligetur. Contine-
tur hæc facultas duabus rebus: certo facto
promissoris, ut solvat videlicet: et certa
persona, in qua hæc veluti conditio imple-
ri debeat, nempe ut solvat Titio. Placet,
si quid horum non servarit promissor, fa-
ctum ei ad liberationem non prodesse. Ver-
bis quidem non adiuvari eum plusquam
manifestum est; sed non minus removetur
et verborum sententia, et summa æquita-
tis ratione. Cum enim convenit, ut Titio
solvi liceret et solutionis verbum: et certæ
personæ adiectio aperte liberationi modum
fecit, quem excedere non liceret, ut in
mandatis accidit L. *diligenter, sup. mand.*
arg. in *L. tutori, C. de neg. gest.* Tum
autem cum stipulator in hac specie cre-
ditor sit, Titius non sit; non est æquum
pomissorem aut aliud, aut alii solvendo
liberari invito creditore, idest, præter
quam aperte creditor consenserit. L. 2. §.
1. *supr. si cert. pet. invito, C. de sol.*
Et in summa illud Pauli in universum
tenendum est, conventionem in alia re fa-
ctam, aut alia persona, in alia re, aliave
persona nocere non debere. *L. si unus*, §.
pacta, in fi. supr. Sed partes singulas hu-
ius facultatis proponamus. Sit ergo hoc pri-
mum, quod promissor ex conventione da-
re

re debet, seu solvere. Nempe dando et solvendo liberari potest; paciscendo cum Titio nihil agit: sive paciscatur tantum Titius se non petiturum; sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat. Neque huic aliud datum est, quam ut solvat; neque Titio aliud quam ut solutam ex caussa stipulationis pecuniam accipiat. *L. quod stipulatus*, 10. *infr. de sol.* Solutionis quidem vim habent acceptilatio, novatio, omnisque conventio liberandi debitoris caussa interposita: Acceptilatio in primis, quæ et dicitur imaginaria solutio. §. *item per acceptilat. Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed hæc ita, si a creditore nata sunt, cuius est liberare debitorem. Titius
5 *adiectus* creditor non est. † Iam vero hoc
tribuitur promissori, ut possit solvere non cuivis, sed Titio: hæc facultas personam non egredietur. Itaque si quis stipuletur sibi aut Sticho servo Sempronii: Sempronio domino nisi ex voluntate Stichi solvi non potest. *L.* 9. L. *Stichum*, §. *usumfructum*, *infr. de sol.* Nec ad rem pertinet; quod quæcunque per servum acquiruntur, ea acquiruntur domino: hic enim Stichi persona non adiicitur, ut per eum quidquam domino acquiratur: nam nec Titio adiecto qui sui iuris esset, quidquam acquireretur. Hac de caussa nec Titii heredi recte solvitur: quæ particula est, quæ attingitur hoc loco; sic tamen ut ex una specie de toto genere existimare liceat. Illæ quidem stipulationes ad heredes transeunt, quæ defuncto quæsitæ in persona eius constiterunt sive in faciendo sint, sive in dando. L. *veteris*, *C. de cont. et com. stipu.* Sed nihil hoc ad Titium *adiectum*, cui nec stipulatio, nec ex stipulatione ius ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat. Hac ratione etsi furiosi vel pupilli persona adiecta sit, placuit nec tutori vel curatori dando promissorem liberari, nisi pecunia in rem pupilli versa sit. *L. Stichum*, §. *usumfructum*, *infr. de sol.* Atqui tutor et curator domini loco sunt, cum rem pupilli gerunt. *L. tutor qui tutelam*, *supr. de ad. tut.* hoc amplius et debitores tutori solventes ipso iure liberari constat. *L. Lucius.* 46. §. *tutelæ*, *et* §. *ult. supr. de admin. tut.* Sed neque hic negotium geritur pupilli, unde ei nihil acquiritur, neque ei quidquam debetur, ut dixi. Sane si pecunia in rem eius versa sit, perinde est, ac si ei soluta esset: nihil enim interest, per quem pecunia ad illum pervenerit, per ipsum, an per alium. Arg. in *L.* 3. *supr. sol. mat. et L. si liber*, *supr. de neg. gest.* Quo nomine et ipse utpote locupletior factus semper tenetur stipulatori, ut eam reddat, Arg. in *L. si pupilli*, *supr. de neg. gest. L.* 3. §. *si servus*, *supr. de trib.* Et cur in pecunia tutori soluta id non admittamus, cum etsi adiecta esset domini persona, recte servo eius solveretur nomine domini, si pecunia postea ad eum pervenisset? hoc enim de utraque pecunia eodem loco scriptum est a Papiniano, idest, in *L. Stichum*, §. *usumfructum.* Atque hæc omnia ex eo, quod præter quam quod verba stipulationis concedunt, quidquam promissori ad liberationem facere non licet.
† Sed intra verba consistenti, an saltem 6
hoc liceat, quod verba præ se ferunt, videamus. Et ne hoc quidem per omnia licere diximus. Africani definitio est in L. *cum quis*, *in princip.* infr. de sol. *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit*, *magis esse*, *ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit*, *si in eodem statu maneat*, *quo fuit*, *cum stipulatio interponeretur.* Atqui de statu Titii verba stipulationis nihil exprimunt: quin potius generaliter potestatem faciunt Titio solvendi: solvitur autem Titio, etsi postea deportato, aut in adoptionem dato solvitur; non enim deportatione Titius esse desinit, sed omnium minime arrogatione; qua interveniente nihilominus et libertatem, et civitatem retinet. Et verbis stipulationis hoc non effici certum est. Sententia hæc est contrahentium, quæ hoc amplius exigit, ut Titio solvatur, quandiu in eodem statu manebit. Unde Africanus ibidem superioris definitionis rationem reddens ita scribit: *tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur*, *si in eadem caussa maneat.* Non inest tacite, quæ verbis ipsis exprimitur: neque vero inesse stipulationi potest, nisi ut verbis, aut stipulationis sententia. Arg. in *L. nominis*, §. 1. *infr. de reg.* Intellecta est autem tacita hæc conventio ex eo quod agitur. Apparet autem in hac stipulatione hoc agi, ut sic solvatur Titio, ut res tamen stipulantis maneat, cui soli ex ea stipulatione obligatio et actio acquiritur. Unde et stipulator pecuniam Titio solutam potest ab eo postea repetere, in eamque rem aut mandati aut negotiorum gestorum actionem habet. §. *plane*, *Instit. de inut. stip. L. Iulianus*, §. 1. *infr. eod.* Ex quo intellectum est agi hoc quoque, ut solvatur Titio, non ei cuius tantum eadem substantia idemque corpus, sed cuius etiam status idem postea futurus est, qui fuit, cum stipulatio interponebatur. Ideo enim huic rem commisit stipulator, quia intelligebat ut est præsens eius status, et eum norat, se posse ab illo postea

rem facile consequi: statu mutato eum quodammodo alium futurum: alium certe ipsi, utpote a quo non item facile posset consequi, quod illi commisisset: unde et illi commissum nollet. Quod si id agitur, etiam pro cauto habendum est. *L.* 3. *supr. si cert. pet.* ut non abs re dicat Africanus etiam hanc conventionem stipulationi inesse. Hinc tractatum de hac definitione Africani. Et quamquam definitio generalis est, ita demum, idest, ita solum recte Titio solvi, si in eodem statu maneat; quo significari videtur statu quovis modo mutato ei solvi non posse: bene tamen hæc distinctio vulgo recepta est, ut si status Titii mutatus sit in deteriorem caussam, non liceat ei solvere, veluti si in adoptionem datus sit si deportatus sit, si servus factus, quibus exemplis Africanus utitur in *dict. L. cum quis.* Sin is ad meliorem caussam pervenerit, nihilominus ei recte solvatur: ut, si quis stipulatus sit sibi, aut Sticho, et Stichus sit manumissus: sibi, aut Sempronio filiofamil. et Sempronius sit emancipatus: et manumisso aut emancipato postea solvatur. Hoc quidem de adiecto postea emancipato non obscure scriptum est in *L. eum qui ita, seq.* §. *qui sibi, infra, eod.* Nec dubium est quin in manumisso, cuius multo amplior et commodior stipulatori mutatio est, idem etiam multo magis dici debeat. Nam quod quidam scribunt agi eo loco de eo filio, qui tempore stipulationis iam fuerit emancipatus, non postea, et id se dicere profitentur eorum vellicandorum gratia, qui emancipationem distinguunt a cæteris minutionibus: non est iudicio meo, quod multum in ista vellicatione et isto tam ingenioso invento sibi placeant: apertius enim verbis illius loci refellitur, quam ut longa refutatione indigeat. Proponitur pater stipulatus sibi aut filio: at cui filio? nempe quem in potestate habebat: unde ambigendi caussa Iuliano; quam postea diluit in illis verbis, *neque ad rem pertinet*: nam hoc modo pater stipulando filio, sibi acquirere videtur: ut consequens sit filio solvi non posse, eoque et adiectionem eius esse inutilem: quæ sane dubitatio in filium emancipatum non cadit. Deinde subiicit Iulianus, quod ita stipulatus est pater sibi aut filio, solvi posse filio non tantum manente eo in potestate, sed etiam emancipato. Hic videmus solutionem ad emancipatum referri, non stipulationem. Deinde ait, manente eo in potestate: non dicitur manere in potestate, nisi qui manet post stipulationem interpositam, cuius tempore etiam in potestate fuit. Ergo et cum addit etiam emancipato solvi posse, eundem filium notat, qui et postea sit emancipatus. Et quæ tandem vel in speciem probabilis ratio fingi potest, ut dubitetur, an pater sibi aut filio emancipato non possit stipulari: cum emancipatus non differat ab alio quovis extraneo, quod ad acquisitionem bonorum attinet? Sed etsi hanc partem omnia alia testimonia deficerent: tamen superiore ratione cognita, per quam fit, ut statu Titii mutato placeat ei solvi non posse, hæc distinctio sua sponte inducitur. Ideo enim metuitur status mutatio, quia per hanc fit stipulatori ius persequendi adversus Titium deterius: nam si non fit deterius, aut si stipulatoris non interest rem Titio solutam ab eo postea recipere, quid est, cur ei ante eam mutationem potius solvi velimus, quam postea? At tunc fit stipulatori deterius ius agendi, cum status Titii in deterius mutatus est; puta, cum Titius deportatus est, aut in alienam potestatem transiit, ubi non est videlicet, qui conveniatur, aut certe non habet in bonis, unde solvat. Quod si is qui adiectus est, aut ex servo liber, aut ex filiofamil. sui iuris factus est, hic perspicuum est non modo non fieri ius stipulatoris in agendo deterius, sed etiam fieri multo melius: incipit enim ille habere, aut quem omnino convenire possit, aut quem possit facilius: certe eum, qui habeat in bonis, unde possit satisfacere. Proinde et statu ita mutato, tanto citius ei solvi posse, et ex verbis et ex stipulatoris sententia ac commodo dicendum est. Obstant tamen quædam huic distinctioni. In quibus obiici animadverto a nonnullis exemplum dispensatoris servi, cui dominus et contrahere, et solvi permisit: nam huic manumisso non recte solvi ab iis, qui manumissum non ignorent, significatur in §. *recte, Instit. de mandat.* ex quo et voluntatem ac permissum domini ea manumissione finiri intelligitur. Sed multum distat, iurene stipulationis Titio solvi possit, an creditoris permissu. Permissus, mandatum est: quacunque mutatione status servi aut filii, cui solvi debet, mandatum finitur, velut tacita mandantis voluntate: qua mutata pro arbitrio mandantis mandatum finiri constat. Quod autem iure stipulationis promissori licet, id ita promissoris proprium est, ut quemadmodum ne aperta quidem voluntate creditoris revocari potest, de quo postea; sic nec desinat mutato *adiecti* statu, nisi appareat stipulatorem facile consequi non posse, quod adiecto capite mi-

minuto solutum erit. Nihil igitur ad superiorem distinctionem infirmandam exemplum pertinet. Si quid est, quod ei officiat, illa est potius definitio Africani ex *d. L. cum quis*, quæ verbis ita scripta est, ut omnem capitis minutionem excipere videatur. Ait enim, *ita demum Titio solvi posse, si in eodem statu maneat. Ita demum*, valet ita solum: ex quo intelligitur, si quo modo fiat, ut non maneat in eodem statu, non recte ei solvi: in quam sententiam est, quod postea subiici, tacite inesse hanc conventionem stipulationi videri, Si in eadem caussa maneat. Et quamvis Africanus statu mutato Titio solvi posse negans, exempla solum colligat status in deterius mutati; non ideo tamen quis dixerit eum mutare regulam, si universalis prius constituta est: scimus enim exemplis explicari, et confirmari, non ad ea adstringi regulam. *L. pen. §. ult. supra do iur. et fa. ig.* Et verba, fateor, Africani ita se habent; neque generalitas eius definitionis ullis exemplis ab eo mutatur. Sed aio ne hæc quidem verba aliam status mutationem continere, quam eam, quæ fiat in deterius. Nam et Africano et veteribus omnibus, cum de commodo alterius agitur, is eodem statu esse intelligitur, non solum qui in eadem conditione perseveravit per omnia, sed etiam qui ea mutata cœpit esse meliore: quasi idem hic accidat, quod in cæteris bonis, ut qui plus habet, etiam quod minus est, videatur habere, quasique in maiore et meliore statu, ut in summa, minor insit. *L. 1. §. si stipulanti, supr. eod.* Hoc sentire Africanum in superiore responso ex eo potest intelligi, quod eum in eodem statu manere dicit, quem paulo post dicit in eadem caussa manere. Porro in edicto, si ex noxali caussa cum eum servum cuius nomine noxalis actio est, et quem dominus iudicio sisti promisit, iuberet Prætor in eadem caussa sisti, in qua tunc est: omnes veteres servum in eadem caussa sisti sic acceperunt, si ita is homo de quo cautum est, sisteretur, ut ad experiendum non fieret ius actoris deterius; non tantum si adhuc servus maneret, qui prius fuerat, sed etiam multo magis, si liber factus sisteretur; hac ratione adiecta, quia hoc modo etiam in meliorem caussam videretur pervenisse. *L. 1. et L. pen. supr. si ex nox. cau. ag.* Nec vero Africanus eundem istum statum, eandemque caussam, quam in persona *adiecti* exigit, alio retulit, quam ut ne aliter in proposito ius actoris deterius fieret. Quod si ille non fecit, caussa dici non potest; quin stulte in hac solutione metuerit in persona *adiecti* status mutationem. Id vero exempla ab eo inducta liquido arguunt. Relinquitur igitur, ut ex sententia stipulationis propositæ, et tacita conventione nec Titio solvisse prosit promissori, si Titius in eodem statu non maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur, dum modo hoc sic interpretemur, ut deteriore statu, et conditione esse cœperit. Videndum tamen, ne quovis modo mutato statu Titii Titio solvi possit, idque Papinianus significet in *L. Stichum*, §. *usumfructum, infr. de sol.* hoc responso; † *Usumfructum*, inquit, *mihi aut Tito dari stipulatus sum. Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit.* Non dicit, Titio emancipato, idest, in meliorem caussam capite deminuto facultatem Titio solvendi non intercidere; sed generaliter *Titio capite deminuto*; quæ verba omnem capitis deminutionem continent, non ad unam tantum speciem referuntur: certe non ad hanc potius, quam ad illam. Ridiculum vero, si cum emancipationem intelligere vellet Papinianus, generis verbo usus est, quo nullo modo exprimeret, quod sentit, et nos dimitteret multo incertiores, quam si nihil respondisset. Itaque hoc sentit ille, certe hoc verba ostendunt, quocunque modo capite minutus sit Titius, facultatem usufructus solvendi Titio non intercidere. An quod id nominatim actum est, ut capite minuto solvere liceret? Verba repugnant; sic enim proponit Papinianus stipulationem fuisse conceptam, de qua respondeat: usumfructum mihi aut Titio dare spondes? quomodo autem in quæstione facti id prætermitteret, quod in facto erat, quo prætermisso non aliter de iure responderi posset, quam ut sunt ea, quæ proponuntur? in caussa enim ius positum est, ut Alfenus dicebat. *L. si ex plagis*, §. *in clivo, supr. ad leg. Aqui.* Repugnat etiam ratio, quam subiicit, qua ideo confirmat in proposita specie facultatem solvendi Titio non intercidere, quia ita stipulari possumus usumfructum, *Mihi aut Titio, cum capite minutus erit.* Nisi rationem cum propositione eandem esse volumus: hac ratione evidenter declaratur de ea stipulatione agi, in qua nihil de capitis minutione Titii comprehensum fuerit. Ita fit, ut superiore responso hoc dici a Papiniano intelligamus, si usumfructum quis stipulatus sit sibi aut Titio, etiam Titio capite minuto nihilominus ei solvi posse, quocunque modo ille capite minutus sit; et sive de eo actum sit nominatim, ut liceret capite deminuto

sol-

solvere, sive de eo nihil aperte actum proponatur. An non videtur igitur responsum superioribus adversari? Et adversaretur sine dubio, si quod in una specie rerum hic dicitur, id pertineret ad alias. Nisi forte probandum est, quod nonnulli tantopere defendunt, Papinianum loqui de Titio. qui capite minutus sit, non post stipulationem, de quo quærimus, sed ab initio tempore stipulationis interpositæ. Sed longe aliud et verba Papiniani et quæstionis ratio nos docent. Papinianus factum sic proponit; *usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum*; nihil adiicit de Titio tum capite deminuto, sed statim de facto respondet. Non fuit igitur in re hæc capitis deminutio; aut certe ad quæstionem nihil pertinuit: alioqui non magis prætermitti oportuit ad quæstionem, quam cætera, quæ in facto erant, cum, ut ante dixi, ius in caussa et facto positum sit. Quod ergo respondet, *Titio capite deminuto*; sic accipiendum est, ut hoc postea inciderit. Et vero verbum *intercidit*, quo Papinianus postea utitur, eos admonere debuerat, non dico, id ita accipiendum, sed etiam aliter accipi non posse: *intercidere* enim significat amitti, perire, esse desinere, quod prius fuerat: quæ omnia usurpantur solum de iis, quæ ab initio recte constituta, postea casu aliquo intereunt. Proinde cum ita scribit Papinianus, *Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit*; aperte hoc dicere intelligitur, facultas Titio solvendi recte ab initio constituta non ideo amittitur, quia hic casus forte inciderit, ut Titius capite minueretur. Denique contraria sunt hæc, quæstionem esse de Titio, qui tempore stipulationis capite minutus fuerit: et quæstionem esse, an Titio capite minuto facultas ei solvendi interciderit. Nam qui quærit de Titio, qui tempore stipulationis capite minutus fuit, quærit, an solutio in capite minutum ab initio recte sit collata, et an potestas ei solvendi ab initio constiterit. Qui autem quærit, an ea potestas intercidat, necne, is hoc ipso confirmat ab initio constitisse, tantum abest, ut de eo dubitet propter præsentem aliquam capitis deminutionem Titii; sed quærit, an capitis deminutione aut casu aliquo postea interveniente ea facultas intercidat. Quod si de Titio qui tempore stipulationis capite minutus fuit, apud Papinianum agitur, non fuit quærendum, an facultas ei solvendi intercidat propter eam minutionem cum nondum certum esset, an esset constituta; sed quærendum, an ab initio constitisset, ac de eo ita respondendum, Titio tunc capite deminuto, non ideo facultas Titio solvendi minus constitit. Postremo quod Labeo aliquando respondisse ita fertur, *Aut non intelligo quid sit de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua.* L. Domitius, supra, *qui test. fac. pos.* id iure optimo in hac quæstione potest usurpari. Quid enim stultius, quam quærere, an possim stipulari mihi, aut Titio iam ante capite minuto? perinde ac si dubitaremus, an possim stipulari mihi aut filio Titii arrogato: mihi, aut Sticho servo Sempronii: mihi aut Titio patrifamil. qui ante emancipatus fuerat, de quibus nemo unquam dubitavit, quin recte adiicerentur omnes solutionis caussa, ut constat ex *L. eum, qui, seq.* §. *qui sibi, L. 9. d. L. Stichum*, §. *usumfructum, infr. de sol.* Et certe nulla est dubitatio, quin cuivis extraneo solvi possit voluntate creditoris, *L. solutam, infr. de sol. L. 4. L. invito. C. eod.* Redeo igitur eo, quod supra dixi, non posse, quin hoc responsum adversetur superioribus iis, quæ de Titio postea capite minuto docuimus, si quod hic in una re dicitur, transferatur ad alias. Quid ergo est? Et de usufructu Papinianus loquitur. Proprium hoc esse ususfructus, quod dicit, atque hunc ab illo ex genere cæterarum rerum excipi intelligo. Primum nominatim proponit usumfructum in stipulatum deductum hoc modo, Mihi aut Titio usumfructum dare spondes? Vel hinc statim intelligere possumus id eum ponere et dicere in hac specie, quod sit proprium ususfructus, alioqui non proponeret usumfructum potius ita promissum, quam *decem* promissa: quo exemplo prius usus erat in hoc genere stipulationis, aut quam simpliciter *quid* promissum, quod est exemplum apud omnes veteres in hac re usitatum; præsertim cum usumfructum rem alioqui incorporalem proponere non satis conveniat ad docendum; ad morem autem hominum sit admodum infrequens usumfructum sibi aut alteri stipulari; cum ususfructus res sit, quæ personæ cohæreat. Quod si huius sententiæ ratio quæritur, duæ sunt caussæ in promptu ex natura ususfructus ductæ, quæ efficiant in proposito, Titio etiam capite minuto, usumfructum solvi posse: ut quamvis desit hic locus, tamen hoc ita statui oportuerit. Una est, quod quo tempore ususfructus solvatur Titio, stipulatoris nihil interest. Interesset eius Titio in eodem statu manenti solvi, si usumfructum illi solutum pos-

posset postea ab eo recipere. At natura usufructus prohibet; hic enim personæ fructuarii ita cohæret, ut non modo extinguatur eius morte: *L.* 3. *in fin. supr. quibus modis usus. amit.* sed nec vivo eo possit a persona eius recedere, et alii cedi, quam domino. *L. si ususfructus, supr. de iur. do.* Quæ res facit, ut si ususfructus semel solutus sit Titio, sic incipiat ille esse fructuarius, sic ususfructus eius personæ ut fructuarii cohærere, ut ab eo ad stipulatorem transire non possit. Non potest igitur stipulator usumfructum consequi ab eo, qui etiam si velit, eum transferre non potest. Quod si non potest consequi, frustra laborat, quo tempore Titio solvatur: cum hoc, an illo tempore potius id fiat, pariter eius nihil intersit. Itaque quæ ratio facit, ut cæteris in rebus, quas mihi aut Titio stipulatus sum, Titio capite deminuto solvi non possint; eadem in contrarium versa in usufructu, in hoc ipso ius mutet, necesse est. In cæteris rebus ratio hæc erat; quod in his id agitur, ut quas stipulator a Titio, ut est conditio rerum, et præsens Titii status, non difficile consequi potest, eas etiam postea non mutato persequendi iure possit quandoque ab eo recuperare, cum ei solutæ fuerint; nec potest facile recipere ab eo, qui capite minutus aut civitatem amiserit, aut in alienam potestatem venerit. In usufructu hoc non agitur, ac nec potest agi, ut quandoque hunc Titio solutum ab eo recipiat. Proinde ut dixi, quando ei solvatur, laborare non debet: quia eius nihil interest. Aliquis dicet, posse saltem Titium restituere fructuum perceptionem, et quia possit, etiam debere; ut de marito responsum est, cui ususfructus fundi alieni in dotem datus est nomine mulieris, et a quo soluto matrimonio eius ususfructus restitutio petitur. *d. L. si ususfructus, supr. de iur. dot.* Sed de usufructu Titio dando stipulatio concepta est; in quo dando non potest promissor deteriorem conditionem stipulatoris facere, quocunque tempore eum Titio dederit: quia ususfructus ad stipulatorem redire non potest. Quod si putat stipulator difficilius se posse fructus a Titio consequi, de quibus percipiendis cum illo egerat; hoc promissorem non attingit; qui de usufructu dando cavit, non de fructibus. Si cui hæc ratio non est satis, adiiciatur, quæ sequitur. Hæc vero, ut opinor, in hac specie omnem dubitationem eximet. Aio Titio quamvis capite deminuto usumfructum quandoque solvi posse, sive non intersit stipulantis integro statu illi solvi, sive intersit. Nam etsi concesserimus interesse stipulatoris uno tempore potius Titio solvi, quam altero: attamen illud etiam semper constare debebit, promissoris contra interesse, quovis tempore solvi licere Titio potius, quam stipulatori; quia ut ususfructus huic, aut illi datus erit, ita cum persona eius finietur, ut sic aut diuturnior sit, aut brevior. *d. L.* 3. *in fin. supr. quib. modis us. am. L. necessario, §. ult. supr. de per. et com. rei ven.* Hoc modo fiet, ut si Titius, cui datus fuerit, prius decedat, tum ususfructus ad promissorem eundemque dominum fundi statim revertatur; qui si stipulatori datus esset, adhuc apud eum consisteret. Quod cum ita sit, ut utriusque contrario modo intersit, stipulatoris quidem non solvi Titio capite diminuto; promissoris autem illi potius solvi, quam stipulatori: convenit in pari caussa potiorem esse promissorem. *L.* 2. *supr. ne quis eum, qui in ius vo. est, vi ex. L. si servum, §. sequitur, in fin. infr. eod. L. favorabiliores, inf. de regulis iur.* Et quamvis fieri possit natura, ut prior stipulator moriatur, quod si eveniet, nihil interest promissoris potius Titio solvere; sed magis hoc illi inutile est: tamen cum possit accidere aliter, non debemus præscribere promissori, quid in hac re metuat, sed illi permittere, ut iure sibi per stipulationem quæsito, quomodo velit, utatur. argum. in *L.* 4. *supr. ad Trebell.* Non idem dici potest in cæteris rebus, quas quis stipuletur sibi aut Titio, cum enim hæ semel a promissore solutæ non dico citius ad eum reversuræ sint, si eas solverit Titio, quam si solverit stipulatori, sed utri eas solverit, pariter ad eum nunquam sint redituræ: non potest dici quidquam referre eius, utrum eas Titio capite minuto solvat potius, quam stipulatori. Proinde ut id cum incommodo stipulatoris faciat, concedi non debet; nam ut nulla alia hic tacita conventio sit, de qua Africanus loquitur in *d. L. cum quis*, tamen malitiis non est indulgendum. *L. in fundo, supr. de rei vind.* Sed si hæ rationes fuerunt excipiendi ususfructus, quas dixi, aut una aliqua ex his; qui fit, dicet aliquis, ut nullam harum reddat Papinianus, sed eam, quæ a superioribus longe dissidet, et prope nihil ad probandum id, quod de facultate ususfructus solvendi diximus, pertinet? At enim, *Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit*: quia et sic stipulari possumus, *mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari.* Et animadvertendum est Papinianum

pro

pro certo habuisse usumfructum mihi aut Titio dari promissum, posse Titio etiam capite deminuto solvi, si hic utilitas stipulatoris atque ea conventio tacita, quam diximus in similibus cæterarum rerum stipulationibus inesse, solum spectetur; quasi natura ususfructus satis ipsa per se doceret, aut nihil interesse stipulatoris quo tempore solveretur ususfructus Titio, aut certe interesse promissoris eum quovis tempore solvi potius Titio, quam stipulatori. Et ob id istarum rerum rationem prætermisit. Sed aliud videbatur obstare huic facultati solvendi, petitum et ipsum ex natura ususfructus. Ut enim hic personæ fructuarii cohæret, ut non possit ab eo ad stipulatorem transire: ita et capitis minutione amittitur; ac scriptum est in *L. 1. supr. quib. mod. ususfruct. vel usus amit.* non solum usumfructum amitti capitis minutione, sed et actionem de usufructu, si modo iam ususfructus ita sit constitutus, ut dies eius cesserit. Et Papinianus nihil obstare in hac re capitis diminutionem Titii, quominus ei postea recte solvatur, declarat hoc argumento, quod si quis, quamvis pure usumfructum sibi stipulatus sit, potest tamen personam Titii ita adiicere, ut stipuletur ei eundem usumfructum dari, cum capite minutus erit, ac capitis eius deminutione secuta nihilominus ei solvi potest. Si hoc casu non desinit ususfructus Titio solvi posse, quamvis pure constitutus: ne tum quidem desinet, cum sine connumeratione capitis deminutionis Titii quis sibi aut Titio usumfructum dari stipulatus fuerit: propterea quod utroque casu ususfructus pure solum debeatur, et sine conditione capitis deminutionis. Non enim debetur Titio, sed soli stipulatori; cui pure constitutus est, et statim non tunc, cum capite minutus erit. Ad rem non facit, quod dicitur usumfructum capitis minutione amitti; hoc enim dicitur de capitis minutione fructuarii, et eius cui ususfructus constitutus est; non autem est Titio constitutus ususfructus; denique Titio ex hac stipulatione nihil debetur. Etsi autem de usufructu tantum loquitur Papinianus, nec alias res præter usumfructum exceptas legimus; quæ adiecto statu eius mutato solvi possint: tamen animadversa excipiendi ususfructus caussa, et illa ratione, qua superior ratio Africani defenditur: generaliter probandum puto: quoties quis stipulatur rem aliquam sibi aut Titio, quæ res ad stipulatorem reversura non sit; quod accidit, cum donandi animo Titii persona interposita est: toties Titio et integro statu eius manente, et capite deminuto solvi posse: quia cum ex ea solutione nihil ad stipulatorem redeat, nihil eius intersit, quo tempore potius Titio solvatur; arg. in *L. Iulianus*, §. 1. *infr. eod.* Hæc de status mutatione adiecti huc redeunt in summa. Etsi hæc stipulatio, mihi aut Titio dari verbis hoc simpliciter et sine exceptione promissori tribuit, ut possit Titio solvere; tamen tacita conventione id ita temperari, dum ne Titio in deteriorem caussam capite deminuto solvatur, quibus in caussis res Titio soluta ad stipulatorem reverti debet; ut efficiatur, quod supra posui, non quidquid verba promissori tribuunt, id promissori ad solvendum licere: quia sententia contrahentium, et tacita conventio refragetur. Quod si hæc non obstaret, verbis standum esse non dubitaremus. *L. quidquid*, *infr. eod. L. non est*, *sup. de trans.* Num igitur progreditur hæc conventio longius? Et ut excipit hæc conventio status Titii mutationem, quia iudicio et animo contrahentium statu mutato alius quodammodo sit Titius: ita probandum est, quandiu Titius eodem statu erit, quo fuit, cum eius persona adiecta est, nullam intelligi conventionem, ne ei quandoque solvi liceat. Nam si ei ab initio solvi potuit ex stipulatione, idque actum esse aperte verba demonstrant; quid est, cur quandoque postea non possit, cum quominus posset, nihil in re aut personis stipulatione comprehensis intervenerit? Quod si ita est habemus iam, quod de potestate promissori ex hac stipulatione tributa sine hæsitatione definiamus: dum nimirum in genere facti, promissor solvat; In persona, dum solvat Titio adiecto: mutatione status Titii excepta (quæ tamen quatenus noceat, diximus) nihil esse impedimento ex stipulatione, quominus Titio promissor recte solvat, ac solvendo liberetur. Et tamen de quibusdam hic dubitatum est. Quid enim, si Titii persona non sit idonea, cui quod deberetur, soli solvi posset, veluti si sit in potestate tutorum, curatorumve quid, si stipulator vetet solvi? cur iussum solvendi revocare ei non liceat? quid, si sæpius interpellatus a stipulatore promissor frustretur, ac neque stipulatori solvat, neque Titio? Nos vero dicimus nihil horum obstare promissori, quominus Titio quandoque recte solvat; et omnino si quid est, quod illum removeat, una est conventio, quæ id faciat, si convenerit postea, ut soli stipulatori solveret; quo facto tamen non facultas Titio solvendi ex stipulatione dene-

ga-

gatur; sed quæ stipulatione tribuebatur, voluntate eius remittitur: ut ne hoc quidem de ea potestate solvendi, quam ex stipulatione esse dicimus, quidquam detrahat.

De quibus tamen ne qua sit dubitatio, paulo explicatius subiiciam de singulis, quo et eadem veteribus placuisse, et quam re-
8 cte placuerint, intelligatur. † Primum promissori ad solutionem nihil obstat adiecti conditio; stipulatus quis est sibi aut Sticho servo; soli Sticho sine voluntate domini recte solvitur. *L. stipulatus sum*, 9. *L. Stichum.* §. *usumfructum*, *in fin. infr. de sol.* Dominus servi si esset creditor, sine voluntate eius servo solvi non posset. *L. quod servus*, *infr. de sol.* At hic stipulator creditor est, cuius voluntate si servo alieno solvitur, tam liberatur promissor, quam si creditori ipsi solutum esset. L. *solutam. L. si ita stipulatus*, 59. *infr. de sol.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo dari; promissorem etiam sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberari placet. *L. si stipulatus fuero*, 11. *infr. de sol.* eadem ista ratione videlicet, quasi creditori ipsi solutum esset. *d. L. si ita stipulatus*, 59. *de sol.* Ibi debitoribus pupillo solventibus necessaria est ad liberationem tutoris auctoritas, cum ipsi pupillo debetur: ne is sine tutoris auctoritate deteriorem conditionem suam faciat debitorem liberando: quod ius vetat. §. *at ex contrario*, *Instit. quib. al. lic. vel non. Instit. de auct. tut.* Iam autem sæpe diximus adiecto nihil deberi, tantumque ei solvi posse. *L. sed etsi*, *de pec. const. L.* 10. *de sol.* Quinimo nec pupillo adiecto quidquam ex hac stipulatione quæritur; ne quis forte hoc periculum metuat, ne ille pecuniam accipiendo perdat; nam si pecunia apud eum extat, aut in rem eius versa est, restituere cogitur: si amisit, non tenetur quidem; sed nec ei quidquam de suo decedit, quia etsi pecuniam haberet, tamen apud eum manere non oporteret. *L. si pupilli*, *supr. eod.* Quid ergo, si pupillus interpositus sit donationis caussa? ne sic quidem tutore auctore necesse erit solvere; huic enim promissor nec obligatus fuit, nec quidquam præstare ad liberationem debuit: sed soli stipulatori, cui si solveret, nemo dicet illi cuiusquam tutoris auctoritatem esse necessariam. Quod autem pupillo solvit, eo loco habendum est, quasi stipulatori solvisset; voluntate enim eius solvit. *d. L. si ita stipulatus*, 59. *de sol.* Nec simile est, quod servum pupillo dare, et liberum esse iussum placuit pupillo sine tutoris auctoritate dare non posse. *L. servus decem*. 68. *infr. de sol.* Etsi enim quod pupillo præstandum est conditionis implendæ caussa, non magis debetur pupillo, quam quod adiecto dari debet. Etsi præterea et stipulator ex hac stipulatione, et testator ex superiore conditione, uterque hoc animo est, ut velit pecuniam ad pupillum pervenire, ne illi depereat, ut pote cui donatum voluit: tamen inter servum conditionis implendæ caussa dare iussum, et promissorem pecuniæ hoc interest, quod servus hac conditione liber esse iubetur, si ita det, ut testator datum vult; neque vero aliter fiet liber, quam si conditioni pariat: quod Marcellus significat in *d. L. servus decem*, *in fin.* Promissor autem ex hac stipulatione non ita se promittit pupillo daturum, ut aliter se obliget, quam fuit stipulatori ipsi obligatus. Quinimo hoc ipsum agitur, ut in locum stipulatoris substituatur pupillus, ut dum promissor huic solvet, videatur stipulatori solvere. *d. L.* 59. *de sol.* Potuit autem, ut dixi, solvere stipulatori sine ullius tutoris auctoritate; poterit igitur et pupillo ex conventione: quando ei vice stipulatoris dare iussus est. Nihil ergo, ut dixi, dum adiecto solvitur, promissori solventi ad liberationem officit adiecti conditio. † Quid voluntas creditoris? 9
ne hæc quidem. Adiecto, etiam invito et vetante stipulatore, recte solvitur. §. *plane*, *Inst. de inut. stip. L. vero*, *infr. de sol.* Nam quod dicitur invito vel ignorante creditore alii solvi non posse, *L. invito*, *C. de sol.* plane huc non pertinet; non enim invito creditore solvit, qui ab illo iam a principio et quidem ex conditione stipulationis facultatem Titio solvendi accepit. At enim nunc creditor mutat voluntatem. Cur ei mutare non liceat, ut in mandato accidit? Sed visum est longe aliud esse, iure stipulationis Titio solvi posse; aliud postea permissu stipulatoris id contingere. Ut hic quidem voluntatem mutare liceat prius, quam solvitur: illic non liceat. *L. aliud*, *antep. d. L. vero*, *infr. de sol.* At quamobrem, cum utraque facultas proficiscatur ex voluntate stipulatoris, usque adeo, ut Paulus scribat, nihil interesse, iubeam te Titio solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit? *d. L. si ita stipulatus*, 59. Ulpianus in *d. L. vero*, hanc differentiæ rationem reddit, quod cum aliquis stipulatus est sibi aut Titio, certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator. Sed verendum esse quis dixerit, ne hæc ratio non sit satis. Quid enim cum stipulator mandavit debitori, ut

ut Titio solveret, an non et hic mandatum manifestam conditionem habet, ut Titio solvere liceat? et tamen hanc conditionem potest immutare stipulator ipso etiam Ulpiano auctore. Bene vero Ulpianus superiore ratione rem expedit; multum enim interest inter mandatum, et stipulationem. Ac quod ad istarum rerum ius attinet, satis constabat mandatum sola mandantis voluntate revocari posse rebus integris. §. *recte*, *Instit. de mand.* Stipulationem autem, uti cæteros prope contractus omnes, mutari non posse, nisi utriusque ex contrahentibus consensu. *L. sicut*, *C. de obl. et act.* Itaque non fuit, cur id poneret, quod erat iuris explorati. Solum hoc dubitationem habere potuit, an facultas Titio solvendi stipulatione comprehensa mandati tantum iure haberetur, an vero pars esset stipulationis. Ille ergo hoc solum urget, et docet stipulationis partem esse, et eam quidem, quæ certam det conditionem stipulationi. Ea est, ut dum promissor solvet Titio, non possit stipulator pecuniam ab eo petere; in quo maxime effectus stipulationis cernitur. Hoc posito recte intulit stipulatorem eam conditionem immutare non posse. Nihil addidit de eo permissu stipulatoris, qui stipulationem secutus est: quia nemo dubitare posset quin hic non esset pars stipulationis, aut obligationem præcedentem non immutaret. Ergo quod Paulus scribit in *d. L. si ita stipulatus*, nihil interesse, utrum iubeam te Titio solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, sic accipiendum est: ut intelligatur nihil interesse in eo, de quo apud eum quærebatur; quærebat autem, an quod adiecto solvitur, videatur solutum stipulatori, quod ille exemplis duobus confirmat; ut sic recte colligat tam hoc videri factum, si iure stipulationis Titio solvatur, quam
10 si mandatu solo creditoris id fiat. † Venio ad cessationem, et frustrationem promissoris; quid ergo, si ille sæpius interpellatur a stipulatore, ut solvat, neget se ei solvere causatus se velle solvere Titio; interim neque stipulatori solvat, neque Titio: an non æquum videtur, ut facultatem amittat Titio solvendi, ac iam tandem cum effectu incipiat stipulatori teneri? Et qui facultatem Titio solvendi iure stipulationis constitutam habet, is quamdiu stipulatio manebit, eandem quoque retineat necesse est, quantumcumque stipulatorem sit frustratus; proinde quandoque Titio solvendo is actionem evitabit. Et tamen hoc ita placuit, si solvat Titio ante litem contestatam; lite semel contestata placet eam facultatem amitti. *L. si quis stipulatus fuerit decem*, *infr. de sol.* *L. fideiussor obligari*, *infr. de fid.* ut et de omni facultate alii dandi, aut alterius rei solvendæ promissori data ostendimus ad *L. si Titius*, 9. *supr. eod.* Qua sententia efficitur, ne quod ante metuebamus, impune promissori liceat frustrari stipulatorem. Aget enim is cum promissore, quod potest, ut cui soli ex stipulatione obligatio et actio quæsita sit. Hic necesse habebit promissor in iure vel negare se promisisse, vel aliquam exceptionem obiicere, ut dicat se aliqua de caussa non teneri. Utrumvis fecerit, litem est contestatus. *L. unica*, *C. de lit. cont.* Hac contestata dicimus iam amplius Titio solvi non posse. Ita fieri, ut condemnatus necesse habeat stipulatori solvere. Sed an non videntur hæc esse pugnantia: licere promissori iure stipulationis quandoque Titio solvere, quoniam hæc illi potestas stipulatione tribuatur sine ulla exceptione; ut diximus; et tamen eidem post litem contestatam id facere non licere? Non
sunt: † quod enim post litem contesta- 11
tam Titio solvi non potest, non vi aut sententia stipulationis efficitur; sed contra stipulationem nova conventione, atque adeo novatione prioris obligationis interposita, qua a potestate Titio solvendi discedatur; quippe iudicio contrahitur, ut stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit*, *supr. de pec.* Idest, iudicio suscipiendo et lite contestanda novam obligationem contrahit reus cum actore de eo, quod a se petitur: dum enim de eo iudicium in se suscipit, et se iurisdictioni et iudicio Iudicis in ea re subiicit, hoc dicere intelligitur, se ut sententiæ Iudicis pariturum, ita iudicatum soluturum, si condemnatus fuerit; unde obligatio et actio iudicati. Adeoque in ea contestatione nova obligatio contrahitur, ut etiam novatio prioris obligationis fieri intelligatur, prout actori commodum fuerit. *L. aliam*, *infr. de novat.* Quæ res facit, ut quod promissor prius stipulatori ita debuit, ut posset et Titio solvere: nunc lite de eo contestata intelligatur id soli stipulatori promittere se soluturum, ut ille sibi soli actionem instituebat, non autem sibi aut Titio. Ita non mirum, si prioris stipulationis novatione pro commodo stipulatoris facta, soli ei promissor ex posteriore conventione et obligetur, et solvere debeat. Ut autem intelligatur nihil hic constitui proprium litis contestatæ, nec caussam huius po-

potestatis amittendæ esse in litis contestatione, sed in conventione, quæ litis contestatione continetur: observabimus quavis conventione extra iudicium interposita hanc eandem solvendi potestatem intercidere, non tantum novatione nominatim facta; sed etiam citra novationem, si convenerit, ut promissor soli stipulatori solveret: veluti, si constituerit se ei soli pecuniam soluturum; sed hoc adiecto, inquam; ut diceret se ei soli soluturum, ut expressum est in *L. si vero, supr. de pec. constitut.* nam alioqui qui simpliciter constituit se ei soluturum, nihilominus adhuc poterit Titio solvere, ut utriusque responsi idem auctor Paulus probat in *L. si ita stipulatus*, 59. *infr. de solut.* Sed obstat promissori constituti obligatio, qua se ille ita obligavit, ut stipulatori solveret, non stipulatori, aut Titio. Disputat Paulus hoc non obstare hac ratione, quod qui Titio solvit, etiam stipulatori solvisse, atque ita constituto satisfecisse videtur. Quod ait post hoc constitutum posse promissorem adhuc adiecto solvere. Quod addit insuper hanc solutionem eo loco esse, ut videatur stipulatori solutum, idque exemplis confirmat: satis declarat etiam in hac specie ita Titio solvi posse, ut liberatio ipso iure contingat; tunc enim dicitur solvi Titio posse, cum iure potest, seu ipso iure. §. *plane*, *Inst. de inut. stip.* Et si stipulatori ipsi recta solutum esset, nemo dubitaret, quin ipso iure contingeret liberatio. *tit. quib. mod. tol. obl. in princ.*

Ad L. Eum, qui ita stipulatur. 56.

Idem lib. LII. Digestorum.

Eum qui ita stipulatur, *Mihi et Titio decem dare spondes?* vero similius est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari: sicuti qui legat Titio et Sempronio, non aliud intelligitur quam una decem communiter duobus legare.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*: Mihi et Titio decem dare spondes: *diversa est omnino ab ea*: Mihi aut Titio, *etc. eiusque dissimilitudo primum stipulatoris, tum Titii adiecti respectu demonstratur.* et n. 4.
2. *In stipulationem*: Mihi et Titio decem dare spondes, *an eadem decem, an vero bis decem deducta videantur.*
3. L. Si mihi, 110. infr. h. t. *verba explicantur.*

1 HAC stipulatione recepta, Mihi aut Titio decem dabis, quia placet solutionem saltem in Titium utiliter conferri, de qua proximo capite diximus: quæsitum est, num idem efficeretur coniunctim stipulando hoc modo, Mihi et Titio decem dare spondes? de qua stipulatione hoc loco. Movit quæstionem conceptionis similitudo; utrobique enim eadem personarum enumeratio est, summa eadem quæ verbis stipulationis in easdem personas confertur. Et ne species similitudinis nos decipiat, non idem efficitur utraque; ex quo est, quod et de posteriore præcipitur partim hoc loco, partim aliis quibusdam. De qua ut semel dicatur, sic habendum est; tantum abesse, ut utraque stipulatione efficiatur idem, ut diversa prope omnia, atque adeo contraria constituta sint in hac posteriore, non tantum in persona Titii, de quo præcipue agitur, sed etiam, quod minime videbatur, in persona ipsius stipulatoris. Quod cum ita sit, ita commodissime notari poterit dissimilitudo, si de stipulatore primum, deinde ordine de Titio dixero. De stipulatore si quæritur, inter utranque stipulationem hoc convenit, quod utrobique stipulator, quia sibi stipulatur, etiam stipulando sibi acquirit obligationem. Hoc interest, quod ex priore quantum deductum est in stipulationem, tantum stipulanti debetur: §. *plane*, *Instit. de inut. stip.* ex posteriore dimidium dumtaxat. *L. si mihi*, 110. *infr. eod.* Id ex eo accidit, quod ex priore stipulatione, enumeratione personarum, summa stipulatione comprehensa non dividitur; ex posteriore pro numero personarum dividitur; ea vis est orationis disiunctivæ et coniunctivæ. Nam cum disiunctim stipulor mihi aut Titio decem, non attribuo hanc summam pluribus, sed uni tantum sub conditione, si alteri non detur: vel si malumus, duobus quidem, sed sub alternatione, ita ut uni tantum dari debeat, quem promissor elegerit. Porro non potest dici enumeratione

tione personarum divisa summa, quæ uni tantum personæ attributa est. At cum stipulor coniunctim mihi et Titio decem, eodem tempore et simul stipulor eandem summam duobus dari, mihi et Titio. Quoties pluribus sive qui dent, sive quibus detur, eadem summa aut testamento adscripta, aut stipulatione attributa est, toties in singulas quoque personas divisa intelligitur. *L. cui fundus, supr. de cond. et dem. L. res. §. 1. infr. de duo. re.* ut his verbis, decem mihi et Titio decem, perinde sit, ac si dixissem, mihi et Titio simul decem dabis, idest, mihi quinque, et Titio quinque separatim? Et hoc quidem sine dubio ita est, si in hac stipulatione decem, quæ mihi et Titio stipulor, *una decem* intelligantur. Sed dici potest alia atque alia decem in persona utriusque in stipulatum esse deducta, ut mihi decem solida stipuler, et alia decem solida Titio; quod si vere dicatur, consequens erit non minus ex hac stipulatione tota decem stipulanti deberi, quam
2 ex priore. † Inde quæsitum, an hic eadem decem accipi debeant, an bis decem. Quæstio huius loci, in qua Iulianus ita statuit, vero similius esse *una decem* communiter in utriusque persona comprehendi. Definitio huc spectat, videlicet, ut efficiatur, quod supra dixi, ex ea stipulatione divisis decem, stipulanti quinque tantum deberi: cum non alia sibi stipulatus sit, alia Titio. Sed cur eadem decem accipimus potius, quam alia atque alia, cum verbum *decem* duobus adscriptum utramque sententiam recipiat? Perspicuum est pertinere hoc ad regulam iuris qua efficitur, in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem esse interpretanda. *L. stipulatio ista, §. in stipulationibus, supr. eod. L. quidquid, infr.* Hoc loco dixerit quispiam, non inique fortasse nos fuisse dicturos partem solum ex hac stipulatione stipulanti acquiri, si is partem alteram utiliter stipularetur Titio. Nunc cum ei stipuletur inutiliter, ut postea dicemus, videri ita potius statui debuisse, Titii personam pro non adiecta habendam; proinde tanquam subducta Titii persona, æquum esse solida decem stipulatione comprehensa stipulanti
3 deberi. † Et huic dubitationi occurrere videtur Papinianus in *dict. L. si mihi, 110. infr.* qui cum posuisset ex hac stipulatione mihi et Titio, deberi mihi sola quinque, ita sublicit: *pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.* Sensus est: *Pars aliena*, id est, quam alii sum stipulatus, nempe Titio; ita deducitur, id est, subducitur, detrahiturque de mea, ut quamvis inutiliter eam stipulatus sim, tamen mihi non acquiratur, ut sic quæsita, et meæ iuncta augeat meam partem: et hoc, quia extraneo stipulatus sum: in quo inest hæc ratio, quia stipulatus sum extraneo, non mihi. Optima ratio: hoc enim cum fit, neque illi acquiri potest, prohibente iure: neque mihi, cessante voluntate, ut est in *L. multum, C. si quis alt. vel sibi, et L. si genero, C. de iur. dot.* Ergo, ut proposui, ex hac stipulatione, mihi et Titio decem dari, sola quinque stipulanti debentur. Sed ex hac stipulatione, inquam, ubi communiter et semel utrique decem stipulor, de qua specie nunc agimus. Nam si stipulatus sim singulis decem, hoc modo, mihi decem et Titio decem dare spondes? non puto in tam aperta stipulatione ambigendum esse, quin decem solida debeantur ei, quem constet solida sibi esse stipulatum, de quo disserui ad L. stipulatio ista. §. *eum, qui ita, supr. eod.* † Quod ad Titium attinet 4
etsi de eo nihil nominatim a veteribus definitum legimus: tamen hoc posito, quod illi definierunt, ex hac stipulatione, mihi et Titio decem dabis, me sola quinque mihi stipulari videri, alia quinque Titio; intelligitur satis sua sponte, quid de eo tenere debeamus. Id autem est, huic nec obligationem ullam acquiri, nec quidquam a promissore solvi posse. Iam primum ex hac stipulatione obligationem aut actionem ei non acquiri constat, non magis, quam ex illa, mihi aut Titio dari: in totum enim alteri stipulari non possumus. *L. stipulatio ista, §. alteri, supr. eod.* Et hoc sit alteri stipulationi cum altera commune. At in eo iam etiam in persona Titii longe dissident, quod ex priore saltem solutio confertur in Titium; unde et ei solvi potest, etiam invito stipulatore. *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Ex hac posteriore in Titium plane nihil confertur, ac ne solutio quidem. Id, superioribus illis positis non tam intelligitur, quam efficitur necessario. Sic autem colligitur: aut enim volumus ea quinque illi solvi, quæ mihi debentur, aut ea quæ illi sum stipulatus. Quæ mihi debentur, ea illi solvi non possunt, quia non sum stipulatus illi dari, sed mihi tantum; quæ vero illi dari stipulatus sum, ea neque mihi, neque illi debita, fieri non potest natura, ut cuiquam solvi possint; cum solutio non sit, nisi eius quod debetur. *tit. quib.*

quib. mo. tol. ob. Inst. Neque præterea quidquam est, quod illi ex hac stipulatione solvatur; ex quo efficitur nihil hinc illi a promissore solvi posse.

Ad §. Te et Titium heredem.

Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est; sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes eius obligabitur; et quamvis convenisse videatur ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.

SUMMARIA.

1. *In stipulatione hac:* Te et Titium heredem tuum X. daturum spodes? *cautio de uno herede interposita plane est inutilis.*
2. *Heres extra portionem hereditariam pro extraneo habetur.*
3. *Coheredibus an superior cautio proficiat, ita saltem ut Exceptio detur.*

1 QUI † se daturum promittit, frustra certi heredis sui, puta Titii personam complectitur, quem idem daturum promittat: sive id quæritur, ut heres ea cautione obligetur, sive id, ut prosit cautio eius coheredibus. Ut hoc modo obligetur heres, de eo cavetur frustra. Nam si id agitur, ut obligetur tantum, quatenus erit heres; supervacua cautio est: cum et sine cautione ad eum modum teneretur, ut pote in ius defuncti eatenus succedens, qui solus heres est, tenetur in solidum. *L. more, L. heres in omne, supr. de acq. her.* Qui cum aliis, tenetur solum pro portione hereditaria, iure ipso ita æs alienum inter heredes dividente. *L. 2. C. de her. act. L. pacto successorum. C. de pact. L. ea quæ, C. fa. erc.* Sin id agitur, ut ex multis heredibus stipulatoris obligetur unus in solidum; stipulatio improbatur legibus: Ut enim cavendo, contrahendoque extraneum obligare nemo potest; *L. 3. C. ne ux. pro ma. L. 1. C. ne fil. pro pat.* sic nec heredem suum ultra portionem hereditariam;
2 † heres enim extra hanc portionem non est heres; ac proinde extraneus habendus est. *L. si adulta, C. de her. act. L. cum*
3 *a matre, Cod. de rei vind.* † Sed quæ illi stipulatio non nocet, quo magis obligetur, an prosit coheredibus, quæsitum est. Movet, quod cum defunctus promittit Titium heredem suum solum daturum, id cavet, aut ne cæteri coheredes obligentur, aut ne possint conveniri a stipulatore, qui de pecunia a Titio tantum danda stipulatus est. Iulianus ait inutile pactum conventum coheredibus eius futurum; unde intelligimus, quod proposui, cautionem de uno herede interpositam plane esse inutilem. Et certe non id efficit, quin cæteri coheredes ipso iure obligentur, ac nec potest. Nam si defunctus promisit et obligatus est, in hanc obligationem succedunt heredes omnes. *L. veteris, C. de cont. et com. stip. d. L. more, supr. de acq. her. L. 1. et 2. supr. de bon. poss.* Alioqui heredes non sint: cum hereditas nihil aliud sit, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit. *L. nihil aliud, infr. de verb. sig. L. hereditas, infr. de reg. iur.* Sed cur non prosit cautio saltem hactenus, ut exceptione tuti non possint conveniri, non abs re dubitatur. Nam Iulianus pactum conventum subesse fatetur, non ad obligationem cæterorum, ut quidam hic nugantur, sed ad liberationem: ne ab his petatur videlicet, sed a solo Titio. Porro constat ita quibusdam heredibus consuli concessum esse, ut non consulatur aliis. *L. avus, supr. de pact.* An ideo non prodest pactum cæteris, quia non aperte convenit? sed tacitæ conventiones non minus valent, quam nuncupatæ. *L. 2. L. 4. sup. de pact.* An quod principalis promissio fuit inutilis, ideo et pactio promissioni implicita non valebit? ne id dixerimus; nam si cautio duo continet: Unum, ut solus obligetur Titius, alterum, ne petatur a cæteris: nihil prohibet ita priorem conventionem de solo Titio obligando esse inutilem: ut tamen utiliter caveatur, ne a quibusdam licet iure obligatis petatur. Alterum enim caveri ius pro-

prohibet; alterum recte fit ex edicto de pactis. Neque vero utilis pactio vitiatur per aliam inutilem. *L. 1. §. sed etsi mihi, supr. eod.* Sic res habet; quidquid inter aliquos de re privata et familiari convenisse constabit, conventio iusta est, prodestque ex edicto ad exceptionem. *L. iuris gentium, L. sed cum nulla, §. ait, §. si paciscar, supr. de pact.* Nec ad rem pertinebit, quod ea conventio erit inutilis, quæ tacitam conventionem implicitam in se habet: etiam si maxime quæ inutilis est, sit principalis; ea quæ tacite inest, non tantum sit illi consequens, sed etiam accessoria. Idque hoc argumento evidente declaratur. Nam cum creditor pretium, quod sibi debebatur, debitori donasset, quo facto et pignus, quod in eam caussam obligatum erat, tacita conventione remisisse intelligebatur; proponeretur autem donationem aliqua de caussa esse inutilem: tamen placuit nihilominus servandam esse conventionem tacitam, atque adeo accessoriam de pignore, eoque et pignus satis remissum videri: tantum ideo, quod quæ caussa donationem impediret, ea locum non haberet in pignore. *L. 1. §. 1. supr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Legimus quidem inutilem stipulationem nec tanquam pactum valere; sed non valere, ut obligetur scilicet promissor eo pacto de ea re, quæ in stipulatum deducta erat. *L. 1. §. si quis ita, supr. eod. L. 1. §. eum, qui, supr. de const. pec.* Sed nihil hoc ad eam speciem de qua nunc agimus: in qua aperte conventio de alia re facta est, quam de qua promissio est interposita. Hæc ad Titium obligandum pertinet; illa ad coheredes liberandos. Quæ de pecunia a solo Titio danda promissio est, eam fatemur esse eiusmodi, ut quemadmodum ipsa per sè est inutilis; sic nec de eadem re danda pactum in se habeat. At illud si certo convenit, ut quamvis teneantur iure cæteri coheredes, tamen ne ab his petatur; dubitari non debet, quin inutilis officere non debeat iustæ et concessæ conventioni. Et tamen Iulianus, qui hic pactum eiusmodi inesse concedit, idem ait inutile pactum fore coheredibus. Quid ergo est? Dicendum est pactionem omnem, ne ab heredibus petatur aut omnibus, aut certe quibusdam, prodesse quibuslibet heredibus, quibus a defuncto cautum est; quod et edicto de pactis efficitur, et diserte cautum est *d. L. avus, supr. de pact.* sed eam pactionem, quæ simpliciter et pure concepta sit, *ne petatur.* Quod si erit conventio sub conditione, intelligi debet secundum regulam de conventionibus conditionalibus traditam, non aliter conventionem valere, quam si conditio exstiterit. *§. sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Atqui fuit conventio huius loci conditionalis; convenit enim, ne peteretur a cæteris coheredibus; sed ita, si modo Titius solidum solveret, ut cautum erat. Nam hoc quidem perspicue agebatur, ut creditor ab uno saltem totum consequeretur: utque fuit tacitum hoc pactum, ne peteretur a cæteris; ita et conditionem hanc in se tacitam habuit, quam dixi. Hæc iam conditio non exsistit, ubi Titius nec tenetur iure, nec sponte solvit solidum. Non mirum, si deficiente conditione conventionem inutilem esse dicimus. Ex quo apparet, non propter genus conventionis hoc accidere: sed propter conventionis conditionem, quæ deficit. Quapropter rectissime sentiunt, qui putant, si aperte ageretur, ne liceret a cæteris coheredibus petere sive Titius solidum daret, sive non daret, conventionem heredibus profuturam. Sic enim pura est conventio: cui nihil deesse potest, quominus ex edicto pariat exceptionem.

Ad §.

Ad §. Qui sibi, aut filio suo.

Qui sibi aut filio suo dari stipulatur: manifeste personam filii in hoc complectitur, ut ei recte solvatur, neque interest, sibi aut extraneo cuilibet, an sibi aut filio suo quis stipuletur; quare vel manente in potestate, vel emancipato filio recte solvitur. Neque ad rem pertinet, quod qui filio suo dari stipulatur, sibi acquirit: quia coniuncta sua persona stipulator efficit, ut non acquirendæ obligationis gratia, sed solutionis caussa personam filii adprehendisse intelligatur.

Quod si soli filio suo qui in potestate sua sit, dari quis stipulatus sit: non recte filio solvetur: quia filii persona obligationi magis quam solutioni applicatur.

SUMMARIA.

1. *Solutio in quamvis personam stipulationi adiectam recte confertur.*

2. *Pater an recte stipuletur dari sibi aut filio, quem in potestate habet, et quæ dubitandi ratio.*

1 Convenit recte quemque stipulari sibi aut Titio dari, ut Titio solvi possit etiam invito stipulatore, etsi huic soli ex ea stipulatione obligatio acquiritur. §. *plane*, *Inst. de inut. stip:* Titium cum dicimus, exempli caussa dicimus; placet enim cuiuscunque persona stipulationi adiecta sit, recte in eum solutionem conferri: ut, si stipuler mihi, aut Titio filiofam. Mihi, aut Sticho servo Sempronii; mihi, aut pupillo. Ius a nobis supra expositum ad *L. præced.* Et non dubitatur, quin hoc ita sit, si quis stipuletur sibi aut alii extraneo, idest, ei, qui non sit in potestate stipulatoris, ut sic per eum nihil possit stipulanti acquiri. At si quis stipuletur sibi, aut alii, quem in potestate habeat, per quem ideo res alioqui iure acquirantur, hic quæsitum est, sit ne utilis huiusmodi personæ adiectio, an inutilis, ut adiectæ ne solvi quidem possit. Quod hic tractatum est in patre stipulante sibi aut filio suo, quem in potestate habet; in domino stipulante sibi aut servo suo multo iustius quæretur, cum servus is sit, qui teneatur arctiore vinculo potestatis, et per quem sine exceptione omnia domino acquirantur. Sed quoniam de patre hic agitur, ad eum orationem conferemus, iidem et de domino intellecturi. 2 † Ergo quæsitum est, an pater recte stipuletur dari sibi, aut filio, quem habet in potestate. Dubitatio ex eo, quod de patre filio stipulante generaliter traditum est, hunc ita stipulando sibi acquirere, ut indicat Iulianus hoc loco in illis verbis, *nec ad rem pertinet.* Nec temere est, cur ex eo videatur effici, patre sibi aut filio stipulante ne sic quidem filio solvi posse invito patre, ac proinde filii personam inutiliter adiici. Nam si pater filio stipulando sibi acquirit, et hoc de omni stipulatione patris in filium collata dictum est; necesse est etiam tum, cum ille stipulabitur sibi aut filio, stipulationem sic accipi, quasi ipse per omnia sibi ipsi dari esset stipulatus, ut in universum definitum est de iis quibus per alios stipulatio acquiritur, in *L. quodcunque*, *sup. eod.* Quod si pater in hac stipulatione sibi stipulatus videbitur, satis constat invito eo alii solvi non posse: proinde nec filio. *L. invito*, *C. de sol.* Iulianus regulam supra scriptam de persona solutioni adiicienda in omnium adiectorum persona confirmans, sive sint extranei stipulatori, sive in eius potestate; statuit hoc loco etiam patrem utiliter stipulari sibi aut filio, quem in potestate habet, ut et filio solvi possit etiam invito patre non secus, quam si cuiusvis extranei personam interposuisset. Addit, quod non tam ad præsentem dubitationem, quam ad omnem potestatem solvendi adiecto pertinet, solvi filio posse, non tantum eo in potestate manente, sed etiam emancipato: quod sic accipiendum esse apparet; non tantum eo in potestate adhuc post stipulationem manente, sed etiam post eandem stipulationem emancipato: nam de eo, qui tempore stipulationis in potestate patris fuit, quæstio posita est, ut ambigendi caussa ostendit. Et si manentem in potestate intelligimus, qui post stipulationem manet, itidem et emancipatum intelligere debemus eum, qui post stipulationem sit emancipatus; quoniam cum solutionis verbum ad utrumque factum communiter referatur, etiam pariter et pro eo-

dem

dem tempore referatur, necesse est. arg. in *L. 4. §. 1. supr. de vul. et pup. sub.* Sed de status mutatione adiecti, quæ stipulationem secuta est, scripsi pluribus superiore capite: ac quæstio a dubitatione huius loci alienior in eum locum reiicienda est. Redeo ad responsum de quæstione proposita, quo, ut dixi, Iulianus statuit patrem recte stipulari sibi aut filio, ut et filio solvi quandoque possit. Obstabat Iuliano superius illud dictum de patre filio stipulante. De eo ergo respondet in hanc sententiam; Quod dicitur patrem filio suo stipulantem sibi acquirere, etsi dicitur generaliter, tamen de eo patre accipiendum esse, qui stipuletur tantum filio, non sibi, ut apertius hoc expressum est a Papiniano in *L. Stichum*, §. *quæsitum infr. de sol.* Ad rem autem propositam, id est, ad eum, qui stipuletur sibi aut filio, de quo nunc quæritur, non pertinere. Hac ratione, quod cum hoc modo prius sibi stipuletur pater, manifestum sit eum filii personam adiicere solutionis tantum caussa, non acquirendæ obligationis gratia: id est, non ut obligationem acquirat per filium, sed solum ut filio recte solvatur, ut initio interpretatur. Quibus verbis significat prius hoc se generaliter statuere, et sumere pro confesso, patrem filio stipulantem ita demum sibi acquirere, si stipuletur obligationis acquirendæ gratia, non solutionis tantum caussa: nisi enim hac generali sententia prius posita, quæ sit propositionis loco, ex ea ratione, quam inde assumit Iulianus colligi nihil potest: ut insit in ratione Iuliani argumentatio, cuius partes si explicentur, argumentatio talis futura fuerit: Qui stipulatur filio dari, quem in potestate habet, sibi acquirit, sed ita, si obligationis acquirendæ caussa stipuletur, non ut filio tantum solvatur. At cum pater stipulatur sibi aut filio, manifeste personam filii complectitur non obligationis acquirendæ gratia, sed solutionis tantum caussa. Proinde ita filio stipulando pater solutionis facultatem in filium collatam sibi non acquirit, eoque nec acquirendo in se transfert; ut consequens sit eam facultatem, uti ab initio in filium collata est, sic et in persona eius consistere. Quando igitur acquirendæ obligationis caussa pater stipulari intelligatur filio, si quis roget, respondet ille id fieri, cum pater soli filio stipulatur; ideoque hoc casu probat filio solvi non posse invito patre. In hac ratiocinatione iis concessis, quæ posita sunt, quam recte colligat, quamque apte obiectionem diluat Iulianus, apparet. Sed ipsa illa duo, quæ antecedunt, propositionem dico, et assumptionem, in dubium vocari possunt; quamobrem et ipsa aut confirmationis, aut certe explicationis indigent. In primis propositio: quæ duabus de caussis falsa videri potest. Primum quod cum generaliter traditum sit patrem filio stipulantem sibi acquirere, Iulianus id revocet ad unam speciem stipulationis: nimirum eius, in qua pater obligationis acquirendæ caussa stipuletur, non autem solutionis tantum gratia. Deinde quod neget id quod pater stipuletur filio etiam solutionis caussa, patri acquiri. Quorum alterum est adversus generalitatem verborum definitionis, ac proinde vitiose, et contra legem rectæ interpretationis statui videtur; arg. *L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *supr. de publici.* Alterum videtur statui etiam adversus ius manifestum, quo cautum est omnia a patre in filium profecta ad patrem redire sine exceptione. §. 1. *Inst. per quas pers. no. acq.* Sed recte utrumque Iulianus. Nam quod dictum illud superius veterum interpretatur de eo quod pater stipuletur filio obligationis acquirendæ caussa, facit ille quidem præter verba, sed facit, natura rerum de quibus agitur, ita cogente, et hanc interpretationem exigente. De stipulatione patri acquirenda definitio concepta est. Acquiret sibi pater quod filio stipulatus fuerit, sed ita, si sit aliquid quod stipulatione in filium collatum natura sua possit acquiri, ut sic a filio possit ad patrem reverti iure. Quod si nihil est, quod conferatur in filium, id ut per interpositam personam filii patri acquiratur, natura non concedit. Atqui cum pater stipulatur filio obligationis acquirendæ caussa, hic subest res iure, quæ consistat, quæque a patre in filium conferatur. Proinde iure quoque recte efficitur, ut hæc ad patrem redeat, unde profecta est, atque ita illi acquiratur. Ubi autem sibi prius stipulatus personam filii adiicit tantum solutionis caussa, hic dicitur quidem verbis solutio in filium conferri: §. *plane. Instit. de inut. stip.* verum ut superiore capite docui, re vera nihil confertur. Non enim confertur ius obligationis: cum nec in extraneum adiectum quidquam conferretur amplius, quam solutio. *d.* §. *plane.* At etiam plus dico. Ne factum quidem ipsum, quo pecuniam solutam accipiat, stipulatione in eum confertur, accipere enim ille potuit sine ulla stipulatione; neque vero præter hæc quidquam ea adiectione in adiectum conferri potest. Ex hac quidem stipulatione,

mihi

mihi aut Titio filio dari, nascitur facultas solvendi Titio, quæ nulla foret nisi stipulatione esset constituta; sed hæc facultas confertur in promissorem, cuius est solvere; non in filium, cuius est accipere, quod solvitur. Ita fit, quod dixi, ut cum a patre sibi stipulante adiicitur filius solutionis caussa, hic in filium nihil conferatur. Quod si nihil confertur, perspicuum in eo nihil esse, quod pater illi stipulando per interpositam eius personam sibi acquirat, prius est enim ut sit aliquid in filio, aut collatum in filium, quam ut a filio, aut per filium ad patrem redeat. Itaque huc non pertinet, quod constitutum est, omnia a patre profecta ad patrem reverti: posteaquam hic nihil a patre in filium proficiscitur. Constat igitur Iuliano ratio interpretationis suæ, dum quod dicitur, ubi pater stipulatur filio, ipsum sibi acquirere, sic interpretatur; si acquirendæ obligationis gratia id faciat: si solutionis caussa, non item. Cuius probationem ideo videtur prætermisisse, quod pro minime dubio habuerit, quoties quis adiiceretur stipulationi solutionis caussa, illic nihil esse, quod in adiectum conferatur; ubi autem nihil confertur, ibi natura ipsa docet fieri non posse, ut ab eo ad alios quidquam redeat. Atque hæc de propositione, quam ex assumptione intelligi diximus, satis. Ipsa etiam assumptio nonnihil habet dubitationis. Quæritur enim, unde ita tandem manifestum dicat Iulianus, cum pater stipulatur sibi aut filio, hic filii personam adiectam non esse obligationis caussa, sed solutionis, cum et verba stipulationis generalia sint, filio dari; et filii conditio non minus capax sit obligationis acquirendæ, quam admittendæ solutionis. Et id apparet ex eo, quod pater prius sibi stipulatur. Etenim si de obligatione patri quærenda agitur, satis ipse hoc facto sibi eam quæsivit statim; qua semel quæsita non modo supervacuum sit ad eam denuo quærendam filii personam adiungere, sed etiam ridiculum: quia nec si velit, possit iam quæsitam amplius sibi quærere non magis, quam quod nostrum est, amplius nostrum fieri potest. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Si solutionis solius caussa adiici intelligitur filius, cum pater stipulatur sibi aut filio suo, idque ideo quia pater prius sibi stipulando obligationem sibi satis quæsivit: contraria de caussa necesse est intelligi tunc demum patrem stipulari filio obligationis acquirendæ gratia, cum non stipulatur sibi, sed soli filio. Ex quo et illud evenire necesse est, quod extremo loco de hac parte posuit, ut filio hoc casu invito patre nec solvi possit, nedum is possit invito patre ex ea stipulatione agere. Nam si acquirendæ obligationis caussa stipulatur pater soli filio, ipse iuxta regulam supra scriptam de acquisitione stipulationem sibi acquirit; eoque modo totam in se transfert, quasi sibi ipsi stipulatus esset, non filio. Quo posito fit locus regulæ iuris, invito eo qui soli sibi stipulatus est, alii solvi non posse. *d. L. invito*, *C. de sol.*

Ad §. Qui ita stipulatur, decem.

Qui ita stipuletur: *decem quoad vivam dari spondes?* confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est; nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est. Quemadmodum is qui usque in Kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post Kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur; nam et heres eius cui servitus prædii ita concessa est, *ut quoad viveret, ius eundi haberet*: pacti conventi exceptione summovebitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, Decem quoad vivam, dare spondes? *an sit in diem.*
2. *Stipulatio hæc an perpetua sit, an morte stipulatoris finiatur.*
3. *In stipulatione proposita aliisque negociis aut in legatis obligatio ad diem aut conditionem constituta cur non post tempus finiatur.*
4. *Heres mortuo stipulatore petens pacti exceptione submovetur.*
5. *In stipulationum divisione in* §. Omnis, Iustit. h. t. *proposita, cur non fiat mentio eius diei aut conditionis, ad quam usque placet pecuniam deberi.*

Stipulatus quis est, *decem quoad vivam dare spondes?* De hac stipulatione duo quæruntur; unum, an sit in diem; alterum, sitne perpetua, an vero sti-

1 stipulatoris morte finiatur. † Prior quæstio hinc nascitur, quod stipulatio sic accipi potest, et ut nos putamus, debet, ut videantur in eam deducta esse decem annua, quoad vivam: ut proinde iam incipiat dubitari, an quia decem promissa sunt singulis annis (nihil enim interest, utrum decem annua quis stipuletur, an decem in singulos annos. *L. nec semel*, §. *novissime*, *supr. quan. di. leg. ced.*) ideo decem peti non possint, nisi finito unoquoque anno, sitque hic singulorum annorum stipulatio similis illi, cum quis hoc anno dari stipulatus est, de qua in *L. qui hoc anno*, *supr. eod.* Ad hanc dubitationem minuendam referri debet, quod hic Iulianus statim respondet initio, decem ex hac stipulatione confestim peti posse; significat enim stipulationem non esse in diem, sed puram, postquam ex ea statim agi potest. §. *omnis*, *Inst. eod.* Et hoc caret dubitatione omni, si hic decem una semel tantum dari promissa sunt, non decem annua; annui enim mentione detracta nullus omnino dies adiectus proponitur: ut dubitari non possit, utrum differendæ solutionis caussa adiectus sit, an non sit. Et hoc modo stipulationem esse accipiendam nonnulli defendunt; sed non est, cur in eo nunc laboremus. Nam ad id, de quo nunc agitur, idest, an statim agi possit ex hac stipulatione, necne; utrum decem semel, an decem annua promissa sint, nihil interest: cum et de hac stipulatione, decem aureos annuos, quoad vivam, Iustinianus idem scribat in §. *at si ita*, *Instit. eod.* quod Iulianus hoc loco; nisi quod Iustinianus pro his verbis confestim peti potest, ait pure factam stipulationem; sed hoc tantundem valet. §. *omnis*, *Instit. eo. tit.* Neque vero est, cur si admiserimus hic decem annua esse promissa, et dicamus nihilominus ea confestim peti posse, metuamus, ne nobis obstet; quod placet eum, qui hoc anno dari stipulatus est, in diem stipulatum videri, et nisi omnibus anni partibus præteritis agere non posse. *d. L. qui hoc anno*, *supr.* Nam ut ibi docuimus; utrum uno anno unam summam, an vero pluribus annis eandem per singulos annos multiplicatam stipulemur, ad solutionem differendam multum interest. Et quod ad me attinet, puto Iulianum de stipulatione annua sensisse, et brevitatis caussa ideo prætermisisse verbum *annua*, quia ex his verbis, *quoad vivam*, hæc adiectio satis intelligeretur. Moveor, quod non possunt deberi decem, quoad vivam, nisi singulorum annorum sua decem intelligentur; ut enim una tantum decem promissa sint pure, et tamen secundum stipulationem semper debeantur, quoad vivam, fieri non potest. Quid enim, si statim petam, ut possum; et petenti solvantur, ut promissor; quominus id faciat, recusare non potest? nempe me vivo et statim desinent deberi, et quidem ipso iure: ut iam falsum sit ea deberi, quoad vivam. Tum autem si hic decem una pure promissa sunt, ut verbis etiam ipsis omnibus constaret puram esse stipulationem, quæ potuit afferri caussa, quominus ea ex iure certo confestim peti posse viderentur? quod si nulla est, non tantum supervacuum fuit id monere, de quo nemo quæreret, sed etiam ineptum id respondere de hac specie potius, quam de cæteris stipulationibus puris: cum deberet in universum definiri ex stipulatione pura confestim peti posse, ut est in *d.* §. *omnis*, *Insit. eod.* Verum res loquitur ideo Iulianum hanc speciem posuisse, de qua id responderet, quod supra, quia esset in ea aliquid, cur videri posset potius esse in diem, quam aliæ, quas vere puras esse constaret; id autem solum præstat annui adiectio ob eam caussam, quam supra dixi. Sed, ut dixi, sive de annua stipulatione sensit Iulianus, sive non sensit, tamen sic exemplum accipiendum est; quasi et de annua sensisset; nam et ex ea confestim agi potest. *d.* §. *at si ita*, *Inst. eod.* † Quod secun- 2
do loco quæritur, an hæc stipulatio, *decem annua quoad vivam*, perpetua sit, an morte stipulatoris finiatur, quæstio nasci videtur ex contrariis legibus. Nam ius de stipulatione ita constitutum est, ut quidquid verbis stipulationis comprehensum est, id valeat. §. *de constituta*, *Inst. de act.* Ac si verba stipulationis huius sequimur, aperte id agitur, ut mortuo stipulatore nihil debeatur; his enim verbis, *quoad vivam*, inest hæc conditio, si vivam. *L. si Titio*, *supr. quan. di. leg. ced.* quæ conditio mortuo stipulatore deficit. Ita superiore lege effici videtur, ut mortuo stipulatore nihil debeatur; proinde et finiatur post id tempus obligatio. Sed rursum prohibet ius quod est de finiendis obligationibus, quo iure certi modi constituti sunt, quibus finiatur quæque obligatio, ut solutio, acceptilatio, novatio, et similes nonnulli. Solus consensus non est in hoc numero; nisi in iis obligationibus, quæ et ipsæ solo consensu contrahuntur, et hac quidem lege, dum is interponatur rebus adhuc integris. §. *ult. Instit. quib. mod. tol. obl. L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. iur. L. ab emptione*, *supr. de pact.* Utrum igi-

igitur sequendum sit, quæritur. Et Iulianus hoc loco non tantum in specie stipulationis proposita, sed et aliarum quarundam conventionum similium collectis exemplis in universum ostendit, quoties aliquid promittitur ad diem vel certam, ut usque ad Calendas illas, vel incertam, idest, ad conditionem, ut quoad vivam, et quod idem valet, eo usque donec moriar: toties probandum esse, quamvis dies venerit, aut conditio exstiterit, tamen adhuc stipulatorem, aut heredem eius petere posse: sed petentem exceptione pacti conventi summovendum. Quo significat id, quod de hac stipulatione apertius scriptum est in §. *at si ita*, *Inst. eod.* et pure hic factam obligationem intelligi et perpetuari; sed heredem petendo pacti exceptione summotum iri. Et ratio ibidem adiecta est, quia ad tempus deberi non possit; ac cur non possit, si quis roget, ea est, quam de vi conventionis ad finiendam obligationem supra exposui, quam eandem Paulus in hac quæstione reddidit in *L. obligationum fere*, *supr. de obl. et act.* quia quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi; in quibus ostendi pactum non esse. Quæ lex obligationem certis tantum modis tolli concedit, aliis tolli vetat. Ea autem contra legem pactio est, qua id fieri paciscimur, quod lex prohibet. *L. contra*, *supr. de leg. ac.* quæ contra legem est pactio, ea est inutilis. *L.* 7. §. *ait. L. ius publicum*, *supr. de pact.* Ius non tantum ad stipulationes pertinens, sed et ad traditiones rerum hoc pacto concessarum, ut penes possessorem essent usque ad tempus, ut constituuntur interdum servitutes, ut hic declaratur, et *L.* 4. *supr. de ser.* Nec tantum ad ea, quæ geruntur inter vivos, sed etiam ad legata ad diem aut conditionem relicta; nam et in his non minus leges servandæ sunt; *d. L. obligationum*, vers. *plane*, *de obl. et act.*
3 *L. nemo*, *supr. de leg.* 1. † Sed cur in stipulatione proposita non servatur potius illa altera lex de stipulatione, ut quoniam stipulatione comprehensum est; ne post tempus debeatur, hactenus etiam valeat stipulatio? idemque licet de legato et quidem multo magis quærere. Nam et de supremis voluntatibus servandis hæc lex est, uti quisque legassit suæ rei: ita ius esto. *L. verbis legis*, *infr. de verbor. significat.* Cur non igitur, si defunctus fundum leget Titio, ut sit eius quamdiu vivet, voluntas secundum superiorem legem rata sit, ideoque mortuo legatario fundus non perveniat ad heredes? Quia in aliis legibus certi modi præstituti sunt, inquies, quibus quod alicuius esse cœpit, illius esse desinat; in quibus non est nuda conventio, aut nuda voluntas testatoris. Sed hoc quæro, cur ex duabus legibus inter se pugnantibus placeat hanc potius servari, quæ stipulationem aut legatum perpetuando, voluntati contrahentium aut testatoris volentium obligationem post tempus exstingui adversetur? Hæc caussa est, quod lex quæ stipulationem inter aliquos contractam aut legatum a testatore relictum valere iubet, generalis est ad omnes stipulationis et legati partes, idest, et ad initia, et ad progressum, et ad finem istarum rerum pertinens. Lex autem altera, quæ est de finienda stipulatione, omnique alia obligatione, ad partem obligationis refertur, nempe ad finem dumtaxat. In toto iure placet speciem generi derogare, et illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. *L. in toto iure*, *infr. de reg. iur. L. sanctio*, *infr. de pact.* Enimvero si die, aut conditione ab initio posita ad differendam obligationem, valet adiectio propter conventionem stipulatione comprehensam: cur non eadem ab initio posita ad finiendam servanda est propter eandem conventionem? quia ab initio liberum est cuique obligationem in se non admittere ante, quam velit; semel contracta et admissa obligatio cum sua natura suscipitur. *L. sicut*, *C. de obl. et act. L. in commodato*, §. *sicut*, *supr. com.* Ea obligationis natura est, ut perpetuo teneare, nisi ius te liberet, cuius iuris etiam vinculum est obligatio; sic enim definitur *Inst. de oblig.* Ut autem obligationis contrahendæ; ita et contractæ tollendæ certas et constitutas caussas esse placuit; in his posterioribus non esse contrahentium conventionem solam iam sæpe diximus. Apparet igitur certa iuris ratione fieri, quominus aut in stipulatione proposita, aut in ullis aliis negotiis, aut etiam in legatis obligatio ad diem aut conditionem constituta, post tempus finiatur. Ex quo evenire necesse est, ut quamvis his adiectis nihilominus sit perpetua.
Sed † etsi iure summo etiam post tempus actio competit; convenit tamen inter omnes post tempus petentem exceptione pacti summoveri posse, ut hic traditum est, et *d. L. obligationum*, *de obl. et act. L.* 4. *supr. de ser.* §. *at si ita*, *Instit. eod.* Quod ex edicto de pactis sumptum est: quo edicto omnia pacta ad exceptionem valent, quæ modo non sint contra leges. *L.* 7. §. *sed cum nulla*, *et* §. *ait*, *supr. de pact.* qualis est hæc conventio, ne mortuo stipu- 4

pulatore pecunia petatur. Illa quidem contra leges esset pactio, qua id ageretur, ut post mortem stipulatoris desineret deberi; ideo hoc pacto iuri publico non derogari, sed obligationem nihilominus perseverare concedimus. Sed non repugnat legibus pacto id effici, ne quod promissor debet, ab eo petatur; est enim hoc pactum de re privata et familiari: de qua stipulatori et cuivis alii pacisci licet, in eoque deteriorem iuris sui persecutionem constituere. *d. L. 7. §. si paciscar, L. pa-*
5 *ctum, supr. de pact. L. pen. C. eod.* † Ex quo non immerito quæri potest, quid sit, cur in divisione stipulationum, quæ ex diei et conditionis adiectione, itemque detractione ducta est in §. *omnis, Instit. eod.* nulla fiat mentio eius diei aut conditionis, ad quam usque placet pecuniam deberi: cum tamen et hæc ad finiendam obligationem adiici soleant, et ut ostendimus, conventio non sit inutilis. Dicemus recte fieri, quia cum de vi stipulationis ex his rebus explicanda ageretur, non debuerit de alio die aut conditione agi, quam quæ utiliter adiicerentur iure, idest, quæ adiecta aliam efficerent stipulationem, et agendi vim, quæ ex stipulatione nasceretur, minuerent; nam si obligationis et actionis potestate Iure Civili eadem manente tantum aliqua exceptio adversus actionem ex conventione ab initio interposita datur; non magis ea conventio ad stipulationis naturam immutandam pertinet, quam illæ pertinent pactiones, quæ postea interponuntur; quæ tamen et ipsæ pariunt exceptiones. Atqui et dies et conditio, ad quæ usque aliquid deberi placet, iure ad eam rem adiiciuntur inutiliter, nec in eo præcedentis obligationis vim aut statum mutant. Nihil igitur ad naturam stipulationis, quæ iure constituta sit, explicandam pertinent. Valent illa quidem ad exceptionem, si post tempus constitutum agatur: sed non nascitur hæc exceptio ex stipulatione, verum ex conventione contra stipulationem. Nam si ex stipulatione esset, quod post tempus agi non potest, ipso iure agi non posset, liceretque promissori negare se ex stipulatione teneri; quoniam Iure Civili valet, quidquid ex stipulatione defenditur. §. *de constituta, Inst. de act.* Utile est de exceptione pacti hic moneri, ne quis ad diem aut conditionem obligationem plane inutiliter constitui existimet; sed hoc ex edicto de pactis ducitur; non ex stipulatione. Quare, ut dixi, nihil hæc ad vim aut naturam stipulationis pertinent; proinde et cum de natura stipulationis ageretur, recte sunt prætermissa.

Ad §. Qui ita stipulatur, ante Calendas.

Qui ita stipulatur, *ante Kalendas proximas dari spondes?* nihil differt ab eo qui Kalendis dari stipulatur.

IDem scriptum est, quod hoc loco, in *L. qui ante, 13. supr. eod.* vide quæ in eum locum diximus.

Ad §. Qui proprietatem.

Qui proprietatem sine usufructu habet: recte usumfructum dari sibi stipulatur. Id enim in obligationem deducit, quod non habet, sed habere potest.

SUMMARIA.

1. *Rem quam habemus, aut quam habere non possumus, non recte stipulamur.*
2. *Dominus proprietatis nudæ, an usumfructum sibi dari recte stipuletur*, et n. 6.
3. *Dominii duæ partes, Proprietas nuda, et ususfructus*, et n. 5.
4. *Dominium transferre ex caussa legati vel ex stipulatu qui tenetur, obligationi non satisfacit, si fundum ita tradat, ut fructus emolumentum retineat.*
7. *Ususfructus definitio declarata.*
8. *Dominus, cui ususfructus sit controversia, qua actione experiatur.*

1 NEque eam rem quam habeo, possum stipulari, neque eam quam non habeo quidem, sed habere non possum utraque enim pariter mihi dari non potest. Prior, quia satis quæsita non potest mihi acquiri amplius: posterior, quia nullo modo potest acquiri. Solum autem recte dari stipulamur, quod et dari potest. *L. si stipulor, supr. eod.* † Hinc quæstio 2
hoc loco de usufructu, quem nudæ proprie-

prietatis dominus sibi dari a fructuario stipuletur. Non habet is quidem usumfructum, ut hac parte nihil sit impedimento stipulationi: sed alterum illi videtur deesse ad stipulandi ius, usumfructum habere posse videlicet. Nam si vera est et perpetua definitio ususfructus, ut sit ius utendi fruendi alienis rebus, quæ traditur in *L. 1. supr. de usufru. et in Inst. eod. tit.* non potest, qui fundi dominus est, eius fundi usumfructum habere; quia non possit dici frui re aliena, qui sua fruitur. Iulianus, qui de posteriore ex superiore definitione dubitari sciret, hoc potissimum consulto removens, ait eum, qui proprietatem sine usufructu habet, ideo recte usumfructum stipulari, quia in stipulatum deducat non solum quod non habet, de quo nemo ambigit; sed etiam quod habere potest, de quo poterat dubitari; nimirum ut hinc probet usumfructum illi dari posse; ac proinde rem esse ex earum genere, quæ in stipulatum deduci possint. Hac sententia nihil verius neque certius: quæ res in caussa fuisse videtur, cur huius rei probationem prætermiserit. Tantum enim abest, ut qui proprietatem habet, usumfructum habere non possit: ut solus habeat usumfructum dominus, nisi sit voluntate eius, aut interdum iure ususfructus alii constitutus. Iam primum ususfructus dominii pars esse dicitur. *L. 4. supr. de usufr. et quem quis ut. L. cum filius, §. dominus, supr. de leg. 2.* Ac de iure fundi ita loquitur Paulus in *L. si ita, 126. §. 1. infr. eod.* quasi fundi sit plenum ius quoddam, quod
3 dominium vocamus, † cuius iuris duæ sint partes proprietas nuda, et ususfructus. Adiicitur quidem in *dict. L. 4.* in *multis caussis*: sed hoc generaliter verum est,
4 cum dominium absolute nominatur. † Itaque qui fundum dare, seu fundi dominium transferre debet vel ex caussa legati, vel ex stipulatu, placet eum non videri obligationi satisfacere, si fundum ita tradat, ut fructus emolumentum retineat, quia fructus habeat instar portionis. *d. L. cum filius, §. dominus, L. Mævius, §. pen. de leg. 2. et hac L. §. seq. dict. L. si ita,*
5 *126. §. 1. in fin. infra eod.* † Quod si ita est, qui dominium habet, is dominii iure etiam usumfructum certam dominii partem obtinet. Et ita loqui auctores iuris certum est. *Qui proprietatem habet: utendi fruendi ius separatum non habet*; inquit Ulpianus, *L. uti frui. in prin. supra, si ususfr. pet.* habet igitur, etsi non separatum. Et ne hic ius utendi fruendi aliud interpretemur, quam usumfructum; in *L. si cum testamento, §. pen supr. de exc. rei iud.* aperte dicitur ususfructus domini esse iure proprietatis, seu ex illa caussa, ex qua fundus domini erat. Postremo in *L. si ita, 126. infra eo.* alius esse dicitur ususfructus qui per se sit, alius, qui proprietatem comitetur. Et quomodo non habeat usumfructum dominus, cum sola dominii utilitas versetur in utendo fruendo, ac sine eo iure proprietas sit plane inutilis? Inde tot modis placuit exstingui usumfructum, et ad proprietatem reverti, dum cavetur scilicet ne in totum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, ut est in *L. 2. §. ult. supra, de usufruc. et in §. 1. Instit. eod.* In quam sententiam vere dictum est a Cicerone *Lib. 7. Epis.* ad Curium, *id cuiusque esse proprium, quo quisque utitur et fruitur.* Accidit quidem interdum ut dominus, seu qui proprietatem habet, usumfructum non habeat, quia sit a domino alii constitutus, aut etiam iure; quod posterius in quibusdam caussis receptum est, ut in bonis adventiciis filiorumfam. constitutione Iustiniani. Sed vel hæc ipsa constitutio declarat prius usumfructum apud dominum fuisse; cum enim constituitur, dicitur a proprietate seperari. *§. 1. Inst. de usufr.* Non separatur a proprietate, nisi cum proprietate, coniunctus fuerit; et cum finitur, dicitur ad proprietatem reverti. *d. §. 1. d. L. §. ult. supr. de usufr.* nempe quia ab ea prius discesserat.
† Quare habere usumfructum potest, qui 6
nudam proprietatem habet, et quidem non paulo meliore iure, quam is qui usumfructum separatum habet. Proinde et eum utiliter usumfructum sibi stipulari tanquam rem quam non habeat, et tamen habere possit,
recte dictum est. † Quid sibi vult igitur, 7
quod absolute definitur ususfructus ius alienis rebus utendi fruendi? quia in usu iuris quoties ususfructus simpliciter nominatur, intelligitur ususfructus servitus, seu ususfructus a proprietate separatus. arg. *L. uti frui, supr. si usufr. petat.* idque in omnibus locis licebit observare, qui sunt innumerabiles, in quibus ususfructus fit mentio, ut hic, et *§. seq. et L. qui usumfructum, infr. eod.* Id eo fit, quia cum de usufructu sermo est, sic de eo agitur, ut de re per se consistente; incorporali illa quidem, sed tamen ea, quæ intelligatur esse, et in iure consistere dicatur. *Inst. de reb. corp. et incorp.* Non potest intelligi ususfructus res esse per se consistens, nisi sit a proprietate separatus; nam qui adhuc cum proprietate coniunctus est, is per se non consistit, sed in proprietate dumtaxat:

nec

nec iure utendi fruendi habetur, sed proprietatis tantum, ut est in *d. L. si cum testamento*, §. *pen. in fin. supr. de exc.*
8 *rei iud.* † Unde cum domino fit ususfructus controversia, et ipse hunc sibi asserere vult, placet eum non posse ita agere, ut intendat sibi uti frui ius esse, sive ut usumfructum suum vindicet, quod fit confessoria actione, necessaria ei, qui servitutem vindicat: sed cum rem vindicare debere; cuius ipse est dominus, ut quoniam iure proprietatis in ea re usumfructum habet, et eo iure usumfructum petit, constituatur id iudicium, in quo de proprietate agitur. Id autem est rei vindicatio, nimirum ut proprietate actori eo iudicio constituta etiam ius utendi fruendi coniunctum sequatur. *d. L. Si cum testamento*, §. *pen. et d. L. uti, supr. Si ususfr. pet.*

Ad §. Si a te stipulatus fuero.

Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usufructu ab alio stipulor, prior stipulatio non renovabitur: quia nec solvendo fundum detracto usufructu liberaberis: sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem. Quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus fueram.

SUMMARIA.

1. *Novationis ius vetus quale.*
2. *Novatio an fieri videatur, si stipulatus fundum ab aliquo, eundem fundum detracto usufructu ab alio stipuletur.* et n. 4.
3. *Debitorum plurium, qui eandem rem ex diversis caussis lucrativis debent, si unus ex una caussa rem solverit, cæteri quamvis maxime extranei liberantur.*
5. *Promissor fundi, si fundum detracto usufr. solvat, ususfructus adhuc peti potest, et cur.*
6. *L.* Si ita stipulatus. 126. §. 1. infr. h. t. *explicatur.*

1 SIC fuit ius vetus de novatione, ut cum id quod mihi aliquis debet, ab alio stipulor: solo interventu novæ personæ novatio fieri intelligeretur; sic enim hoc ius refertur in §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* nec quidquam adiicitur. Sed hæc verba, cum stipulor id quod mihi aliquis debet, ἐμφατικῶς sic accipienda sunt, cum idem ipsum stipulor, non aliud, nec
2 minus, sed tandundem. † Hinc quæstio de specie proposita, videaturne hic novatio fieri, cum a te fundum Sempronianum stipulatus, eundem fundum detracto usufructu ab alio stipulor. Negat Iulianus; quia non totum eandem fundum stipulor a posteriore promissore. Ad quod demonstrandum utitur hoc argumento, quod, si cum fundum mihi deberes, eum solvisses detracto usufructu, non liberareris, sed adhuc a te recte fundi usumfructum peterem; quod et ipsum responsum est in eo, qui fundum legatum detracto usufructu solvit, in *L. Mævius*, §. *pen. et L. cum filius*, §. *dominus*; *supr. de leg.* 2. Non dubium est, quin quod non liberaris, ex ea re fiat, quia verum sit te non solvisse, quod debueris. Sed an aliud posteriore stipulatione continetur, an minus potius, quam aliud; hoc est, quod quærit, et explicat postea, cum ait; *quid ergo est? cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus fueram.* His verbis ostendit quale sit id, quod quæsivimus; nempe cum ab alio stipulor eundem fundum detracto usufructu, hac stipulatione magis me stipulari minus, quam aliud; et quoniam parum erat id intelligi, si nullum usum haberet, id maluit declarare ab effectu; quippe huius rei effectum hunc esse, quod si tu qui mihi eundem fundum promisisti, eum mihi dederis: is quoque liberatur, a quo detracto usufructu fundum stipulatus eram. Efficitur hoc, inquam, ex illo, si utraque stipulatione eandem rem contineri posuerimus. † Sic enim regula 3
iuris est, ut cum plures eandem rem ex diversis caussis lucrativis debent, si unus ex una caussa rem solverit, cæteri quamvis maxime extranei liberentur. *L. omnes debitores*, *supr. de obl. et act.* Sed hoc, inquam, si eadem res debeatur ab omnibus, quod fit cum debetur eadem species ut fundus: §. *si res aliena*, *Inst. de legat.* non item si res diversæ, quod fit, cum singuli quantitatem, licet eadem summa, debent, veluti decem. *L. Titio Seio*, *in princ. supr. de leg.* 2. Ergo cum Iulianus in proposito te mihi fundum solvente etiam posteriorem promissorem liberari dicit iu-

iuxta regulam superiorem; nempe ex eo intelligimus id quod præcedit, rem unam utraque stipulatione contineri, quæ a te et item a posteriore promissore ex caussa lucrativa mihi debeatur. Quæstio, quæ quam appositissime subiicitur prioribus, cum ex iis posset dubitari, an quia non idem per omnia venisse in posteriorem stipulationem dixerat, ideo contineretur aliud; quam ob id attigit, quia utrum contineretur idem, an aliud, ad liberationem posterioris promissoris multum referret. Et recte eandem rem in proposito utraque stipulatione contineri ostendit: re vera enim et a te et a promissore posteriore stipulor idem ex parte: ab utroque nimirum eiusdem fundi pro-
4 prietatem. † Quod ad novationem attinet, de qua præcipue hic agit Iulianus, supervacuum est hodie quærere, an si eundem fundum ab alio stipuler detracto usufructu, novatio fiat: propterea quod etiam si eundem fundum pleno iure ab alio stipuler eodem modo, ut a te prius stipulatus eram, nihilo tamen magis fiat novatio ex constitutione Iustiniani, qua effectum est, ne posteriore stipulatione interposita aliter fiat novatio, quam si nominatim dictum sit posteriorem stipulationem novandi ani-
5 mo interponi. *L. ult. C. de novat.* † Quod ait, si promissor fundi fundum solvat detracto usufructu, usumfructum adhuc peti posse, non fundum, id dicit quod et confirmatur in *L. Mævius*, §. *pen. supr. de leg.* 2. quod et recte dicitur. Cum enim rei promissæ pars soluta est; pro ea parte debitor liberatur: ut consequens sit eum in reliquam partem solum teneri. L. *stipulatus.* 9. §. 1. *infr. de sol.* Fundo autem promisso, iuris fundi duæ quodammodo sunt partes, proprietas et ususfructus, ut §. *superiore* docuimus: proinde proprietate soluta, ac pro ea parte liberato debitore, necesse est solum usumfructum remanere in obligatione, qui ab eo petatur. Nam quod dicitur re debita soluta, quandiu aliquid iuri rei deest, tamdiu ipsam rem adhuc peti posse, et debere: L. *etiam*, *supr. de sol.* de eo iure dictum est, quod ad totum fundum obtinendum pertinet, ac proinde ad utramque iuris partem obtinendam, idest, tam ad usumfructum, quam ad proprietatem: qualis est cautio, qua nobis de toto fundo obtinendo caveri velimus adversus periculum evictionis, ut declaratur huius cautionis exemplo in *dict.* L. *etiam*, *de sol.* et L. *Iulianus*, §. 1. *infr. eod.*
6 † Videtur tamen dissentire Paulus in L. *si ita stipulatus*, 126. §. 1. *infra eod.* Ibi enim eum, qui separatim promisisset fundum detracto usufructu, et separatim usumfructum eiusdem fundi, distinguens ab eo qui semel eum fundum pleno iure promisisset; quorum tamen uterque prius solvisset usumfructum separatim, deinde amisso eo tradidisset proprietatem sine usufructu: hoc modo differre alterum ab altero docet, quod prior liberetur, alter non liberetur: Sed hoc in extremo complectitur iis verbis, quæ superiori sententiæ videantur plane adversari: verba autem hæc sunt: *ille liberatus est dando usumfructum: hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno iure fundum effecerit stipulatoris.* Sed in extremo membro illa verba proxima præcedentis membri, *dando usumfructum*, repetenda sunt, et ita accipienda, ut ad utrumque promissorem pertineant: ut sit sensus. Ille, qui separatim proprietatem nudam, et usumfructum promisit, liberatus est ab initio dando usumfructum, nempe pro ea parte: ut consequens sit eum deinceps in solam proprietatem teneri. Hic autem qui fundum pleno iure promisit; eundem usumfructum dando nulla parte obligationis exoneratur, id est, ne pro ea quidem parte, quam in usufructu solvit; nisi postea et proprietatem eum usufructu coniunxerit, ut sic plenum ius fieret stipulatoris. Et vero ita locus accipiendus est omnino: cum cur isti promissores in proprietatis solutione separentur nulla ratio sit: in usufructu autem manifesta. Tradita ab utroque promissore proprietate, solvitur ab utroque, quod illi debuerunt: et quoniam solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio iuxta regulam iuris; *Inst. quib. mod. tol. ob.* etiam pro ea parte liberari eos necesse est, si ex ea liberatione nullum est incommodum stipulatori. arg. L. *in exsecutione*, §. *pro parte. infr. L.* 5. *in fin. supr. eod.* Atqui eam liberationem non nocere stipulatori perspicuum est. Etsi enim deest ususfructus: tamen eum postea petendo facile consequetur. Ut persequeretur quamvis aliam partem, cum aliam eius fundi partem prius accepisset. Nec periculum erit, ne cum usumfructum postea consequatur, videatur diversorum fundorum partes consequi: nam si eiusdem fundi usumfructum consequitur, ut eum consequi oportet; non potest fieri, quin eo soluto eiusdem fundi partes habere incipiat, proprietatem et usumfructum. Quæ res facit, ut dixi, ut quemadmodum in aliis rebus, sic in hac prioris partis solutio etiam eius partis liberationem afferre debeat. *d.* §. *pro parte.* Et cur proprietate accepta stipulator eandem postea peteret: qui eam iam satis

satis habet? At enim deest usus fructus. Nempe hoc restat, ut hunc etiam nunc a promissore stipulator accipiat, ut sic plenum ius in eo fundo incipiat esse stipulatoris. Verum hoc consequetur ille, non proprietatem petendo, quam habet: sed id petendo, quod non habet: is autem est ususfructus. Ad quod probandum, ut nulla alia caussa posset idonea afferri; tamen hæc una abunde sufficit, quod ad officium Magistratus pertineat lites deminuere. *L. quidam, supr. si cer. pet.* Dissimilis caussa est ususfructus prius soluti. Nam si hunc ab eo solutum proponas, qui fundum pleno iure promisit; primum non solvitur id, quod promissor debuit: etsi enim una cum proprietate promisit usumfructum; non tamen eum promisit, qui separatus esset, sed qui cum proprietate coniunctus: nunc autem separatum solvit. Quo fit, ut vel secundum regulam iuris aliud solvendo liberari non possit. Deinde si ea solutione pro ea parte liberatur, non potest id contingere sine manifesta iniuria stipulatoris; nam is ususfructus amitti potest iis omnibus modis, quibus ususfructus a proprietate separatus amittitur; eo autem amisso tamen futurum est, ut nihilominus solum proprietatem sine usufructu debeat is, qui de usufructu prius liberatus fuerat. Quod contra futurum est, si coniunctus cum proprietate ususfructus solutus erit; hic enim quia proprietatem comitatur, ut proprietas, est perpetuus. Ut ergo ad locum redeam, Paulus in *d. L. si ita stipulatus*, §. 1. *infr.* de usufructu prius soluto loquitur, cum negat promissorem eo facto ulla in parte liberari, quod non negamus, de proprietate tradita non loquitur; cuius solutionem etiam pro ea parte liberationem afferre in quovis promissore et iuris et æquitatis ratione effici ostendimus; proinde nihil locus huc pertinet.

Ad §. Si hominem quem a Titio.

Si hominem quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero: nec Seius existente conditione obligetur. At si Titio acceptum fecissem, Seius existente conditione obligari potest. Idcirco hæc tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligaretur: acceptilatione interposita, superest homo quem Seius promiserat.

SUMMARIA.

1. *Conditionalis novationis vis.* et n. 5.
2. *Conditionalis novationis species hoc §. proposita.*
3. *Novandi animum aliter veteribus, aliter hodie ex Iustiniani constitutione probari.*
4. *Novandi animo interpositam stipulationem posteriorem in specie huius §. an Iulianus senserit.*
6. *Duo ad explicandam vim conditionalis novationis Iuliano hoc loco proposita.*
7. *Novandi animo posterior stipulatio sub conditione interposita, an pendente conditione priorem obligationem puram differat.*
8. *Conditione pendente, sub qua novatio interposita est, cur prior debitor, qui ab initio pure obligatus statim convenire poterat, non etiam et nunc eadem stipulatione manente possit.*
9. *Sub conditione ab obligatione pura liberatus, sub contraria conditione incipit debere.*
10. *L.* Iulianus, supr. de cond. ind. *explicatur.*
11. *Conditione novationis pendente, cur mortuo homine promisso post moram statim cum debitore priore agi possit: cum eo adhuc vivo prior suspendatur obligatio.*
12. *Conditione posterioris stipulationis pendente, an et quomodo prior debitor in mora esse dicatur.*
13. *Conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ exsistente, an et quando novatio fiat.*
14. *Homo promissus si post moram prioris debitoris, antequam conditio novationis exsistat, decesserit, cur posterior promissor non obligetur.*
15. *Conditione pendente si creditor priorem debitorem acceptilatione liberaverit, cur, si vivo adhuc homine promisso conditio exsistat, omnimodo novatio fieri intelligatur.*

CUM id quod mihi pure debetur, stipulor ab eodem, aut ab alio novandi animo; si quidem pure, statim novatio-
1 nem fieri constat. † Sin sub conditione, placet quidem etiam hoc modo fieri novationem; sed tunc demum, cum conditio extiterit. Ut pendente conditione pendeat etiam novatio; deficiente, nulla sit, ac solum prior obligatio maneat. §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl. L. quoties, infr.* de-

de novat. Et recte, tunc demum, cum conditio exstiterit; deficiente enim conditione, retroversus nulla stipulatio ab initio fuisse intelligitur. *L. pecuniam, supr. si cert. pet.* ut quæ in hunc casum concipiebatur, si quid contigisset. §. *sub conditione, Inst. eod.* non potest autem prior obligatio transferri in posteriorem, ubi posterior nulla est. Circa vim istam, quam posui conditionalis novationis nonnulla quæruntur: de quibus
2 est hic locus. † Sed prius, quam illa explico, quæ sint, hoc ante omnia statuendum puto, proponi hic speciem novationis illius conditionalis, quam dixi, huiusmodi: cum hominem quem Titius mihi pure debet, novandi animo stipulor a Seio sub conditione. Nam quod de animo novandi nihil adiicitur, non facit, quominus Iulianum intelligere debeamus, hoc sensisse, posteriorem stipulationem hoc animo esse
3 interpositam. † Sic enim ius erat apud veteres, ut si quis quod sibi pure deberetur, stipularetur ab alio, hoc ipso novandi animum fuisse intelligerent, quod nova persona in posteriore stipulatione intervenisset. §. *præterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* Non sic probatur hodie hic animus ex constitutione Iustiniani, fateor. *L. ult. C. de novat. d. §. præterea.* Sed de eo nunc non agitur,
4 quomodo is animus probetur: † solum hoc quæritur, an de hac specie ita scripserit hoc loco Iulianus, ut dum me eundem hominem a Seio stipulatum esse sub conditione proponit, intelligat stipulatum esse me animo novandi, ut hoc expressum est in *d. L. quoties, infr. de novat.* et perspicuum est ex iure vetere, quo utebatur, hoc illum sensisse. Nec minus hoc eum sensisse responsum eius declarat, cum ait in proposita specie posse statim cum Titio agi, si homo promissus pendente conditione post moram Titii decesserit. Nisi enim posteriorem stipulationem novandi animo interpositam esse fingeret, semper cum Titio confestim agi potuit, sive decessisset Stichus promissus, sive viveret: quia Titius ab initio pure debuit; de qua re paulo post plu-
5 ra. † Est ergo hic locus de vi superioris novationis sub conditione interpositæ. Sed quid in ea quæratur, videndum est, ut in verbis huius loci paulo obscurioribus, quid Iulianus de ea re explicari voluerit, possit facilius intelligi. Sic ergo habendum est. Ex iis tribus, quæ de vi posterioris stipulationis conditionalis supra diximus, illud absoluti iuris est, quod dicitur, deficiente posterioris stipulationis conditione priorem manere obligationem, qualis ab initio fuerat. Hoc enim futurum erat, si nulla nova intervenisset; quod et nunc factum est, ubi posterioris conditio non exstitit.

† Duo habent dubitationem: quorum alterum pertinet ad id tempus, quo conditio quidem non extitit, sed tamen adhuc pendet: alterum ad id tempus, quo conditio exstitit. Nam quandiu pendet conditio, quæstionis est, an quoniam interim novationem non fieri dicimus, idcirco posterior stipulatio nullam vim habeat ad priorem obligationem immutandam. An vero, quia etsi novatio facta non est pendere tamen eam certum est, ob eam caussam si non valet ad tollendam priorem obligationem, at saltem valeat ad differendam: ut dici possit, si quod Titius mihi pure debet, stipulatus sim a Seio sub conditione, Titium quidem pendente conditione nullo modo liberatum esse in præsentia, verumtamen interim cum eo agi non posse. Postquam autem conditio extitit posterioris stipulationis, quoniam fieri potest, ut quo tempore exsistit, non fuerit in rerum natura res, quæ deberetur, aut prior obligatio ante sublata sit, quæ duo ad novationem faciendam necessaria videntur: ideo quæritur, an perpetuum sit, quod dicitur exsistente conditione novationem fieri; proinde et Seium posteriorem debitorem teneri; an vero hactenus hoc verum sit, quatenus et res in stipulatum deducta exstabit, et prior debitor etiam tunc manebit obligatus. Hæc sunt duo, quæ complexus est hoc loco Iulianus ad explicandum; de quibus dicit quam brevissime ille quidem, et velut summo digito rem procul indicans: tantum tamen, quantum diligenti et attento lectori ad utriusque partis definitionem
sit satis. † Atque ut prius dicamus de eo tempore quo conditio pendet, et quo de prioris tantum debitoris obligatione quæritur, de eo ita scribit: *si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero.* Hic pendente conditione statim cum Titio priore debitore agi posse aperte dicit. Sed adiicit conditionem, si homo promissus pendente conditione post moram eius decesserit; qua adiecta satis significatur, si homo promissus adhuc vivit, aut mortuus est quidem, sed sine mora Titii, cum eo pendente conditione agi non posse; id enim ex conditione posita recte colligitur per contrarium; quod argumentum fortissum nominat Papinianus in *L. 1. vers. huius rei, supr. de off. eius, cui mand. est iur.* et recte; plus quam enim stulta est conditio, si etiam de-

detracta ea cum Titio confestim agi omni modo potest; quod tunc fieret, si posterior stipulatio in proposito novationis caussa interposita non fuisset: ut iam vel hoc unum certissimo argumento esse possit verum esse, quod supra monuimus, posteriorem stipulationem ita hic a Iuliano proponi, ut velit intelligi animo novandi interpositam fuisse: sine quo responsum superius consistere non posset. Ex quo colligimus, pro eo tempore quo conditio novationis conditionalis nondum exstitit, hanc esse de proposita quæstione Iuliani sententiam: Posteriorem omnem stipulationem sub conditione novandi animo interpositam non liberare quidem priorem debitorem pendente conditione, quia nondum novatio facta sit: attamen hanc vim habere, ut priorem obligationem quamvis puram differat, id est, hoc efficere, ne interim cum Titio priore debitore agi possit; quandiu spes erit exsistente conditione posteriorem stipulationem committi, et ita prioris obligationis novationem fieri posse: quod fit, quandiu homo promissus pendente conditione exstabit: quod si certum esse cœperit eam stipulationem committi non posse, ut quia homo promissus pendente conditione decesserit: hic iam posteriorem stipulationem ad priorem obligationem immutandam nihil momenti habere; eoque et de priore ita iudicandum esse, ut fieret, si nulla posterior stipulatio secuta esset. Proinde si homo promissus sine mora Titii decesserit, non modo cum Titio agi non posse, quia eius obligatio differatur, sed in totum eum liberari iuxta regulam iuris de interitu rei debitæ traditam in *L. si ex legati*, *supr. eod.* Sin post Titii moram, tum eadem regula effici, ut confestim cum eo agi possit. Ita fit in summa iuxta conditionem hoc loco adiectam, ut, Titius prior debitor pendente conditione posterioris stipulationis conveniri non possit duobus temporibus; si homo promissus exstet, aut si sine mora debitoris decesserit: contra pendente conditione uno tantum tempore cum eo agi possit, nempe si homo promissus post moram eius decesserit. In his duo in dubium vocantur: quæ si recte explicamus, sententia superior, quam huius loci esse ex verbis apparet, erit constituta. Primum hoc statuimus, quamvis posteriore stipulatione conditionali, pendente conditione, novatio non fiat; tamen eius hanc vim esse, ut interim si res promissa exstabit, cum priore promissore agi non possit. Nec dubium est quin cum a Iuliano dicitur cum eo confestim posse agi, res promissa decesserit, hac conditione deficiente, idest, re exstante, contraria sententia aperte statuatur; idque ego non tam vidisse acuti ingenii esse arbitror, quam non vidisse oscitantiæ aut tarditatis. † Hic tamen contra dicitur a 8
nonnullis, et quidem prima ratione videtur contra statui debuisse. Nam Titium priorem debitorem ab initio pure obligatum fuisse, nec posteriore stipulatione conditionali, quandiu pendet conditio, novationis iure liberatum esse constat. Quid igitur caussæ afferri potest, cur, qui ab initio statim conveniri poterat, non etiam et nunc eadem stipulatione manente possit? Nempe quia non eadem manet vetus obligatio, quæ prius fuerat, quippe ab ea recessum est posteriore stipulatione quamvis conditionali. Prior promissor posteriore conditionali stipulatione non liberatur pure. Ita est. At liberatur sub conditione, qua exsistente et novatio futura est, et novationis iure liberatio continget etiam invito creditore. Ex quo et prioris obligationis conditio immutari intelligitur, ut quæ prius pura fuerat, nunc incipiat esse sub conditione, sicut et posterior quæ novationis caussa interposita est. † Sic enim habendum est; 9
Quisquis ab obligatione pura liberatur sub conditione, is sub contraria conditione debere incipit. A Titio pure hominem stipulatus fueram; eum a Seio novandi animo stipulor sub conditione, si navis ex Asia venerit; ut sub hac conditione Titius liberatur, ita exinde sub contraria conditione mihi teneri incipit, si navis ex Asia non venerit. Quod ex iis quæ de adempto sub conditione legato in testamentis tradita sunt, intelligitur. Nam si testator fundum ab herede legaverit pure; deinde eum postea adimat sub conditione, si navis ex Asia venerit, atque ita heredem sub hac conditione a præstatione legati liberet: quod prius legatum fundi purum fuerat, incipit esse conditionale, quasi sub contraria hac conditione datum, si navis ex Asia non venerit, *L. aliquando*, *supr. de cond. et dem.* Et hæc quidem huius sententiæ ratio est admodum exposita. Quod si auctoritas sententiæ quæritur, bene vulgo eam confirmari putant *L. pecuniam*, *supr. si cert. pet.* quod etsi quidam repudiant: nihil est tamen ad eam rem melius, aut certius. Stichum mihi pure debebas; hunc a me delegatus iussu meo promisisti Attio sub conditione; pendente caussa conditionis placet me a te eum hominem petere non posse: *quoniam*, inquit Iabolenus, *incertum est*, *an ex ea stipulatione deberi possit.* Et recte, si enim conditio exstiterit, non debebis-

bis mihi, sed Attio cui delegatus es. Idem plane et in proposito dicendum est. Debebas mihi Stichum pure; eundem stipulatus sum a Seio sub conditione: pendente nimirum conditione eum a te non potero petere, eadem ratione: quia incertum sit, an ex stipulatione mihi debiturus sis; nam si exstiterit conditio, novatio fiet, qua priore obligatione liberatus non debebis. Sed opponitur ab iisdem illis huic sententiæ: *L. Iulianus. supr. de cond. ind.* in qua hoc dici putant; si idem eandem rem promiserit pure, et alia stipulatione sub conditione: hunc, quasi sub contraria conditione ex priore stipulatione debere cœperit, si interim solvat, solutum condicere posse. Sin autem duo sint, quorum unus mihi promiserit pure, alter postea eandem rem promiserit sub conditione novandi animo, eum, qui prius pure debuerit, etiam nunc pure debere; eoque si interim solvat, non condicere. Sed qui hoc dicunt, si locum paulo expendissent diligentius, reperissent utrumque plane inversa sententia illic sta-
10 tui. † Paulus in ea re, quæ mihi duabus stipulationibus promissa est, una pure, altera sub conditione novandi animo, interesse scribit, utrum unus idemque promissor mihi duabus his stipulationibus separatim interpositis promiserit; ut, si quod Titius pure mihi debet, ab eo stipuler postea sub conditione: an vero diversæ personæ idem fecerint, ut in ea specie, quam tractamus, si quod Titius pure mihi debet, stipuler a Seio sub conditione. *Dissimile hoc est*, inquit Paulus; at in quo dissimile? *quia in stipulatione*, inquit, *pura et conditionali eundem debiturum certum est*; nec quidquam præterea Paulus adiicit. Quam ergo dissimilitudinem his verbis notare ille voluit, videamus. Et perspicuum est verba hæc non referri ad duos promissores, sed ad unum illum, qui bis idem promisit, prius pure, deinde sub conditione novandi animo. Quid autem efficitur ex eo, quod ex his duabus stipulationibus unum hunc debiturum esse certum est? nempe hoc, ut si hic pendente conditione solvat, repetere non possit. Ideo enim quasi pure debere intelligitur, quia semper eum ex alterutra stipulatione debiturum esse certum est. Nam si exsistit conditio, debebit ex posteriore: si deficit, debebit ex priore. Quoties autem debetur quid sub ea conditione, quæ omnimodo exstitura est, sive ita sub conditione, ut certum sit conditionem obligationis exstituram, atque ita certum sit debiturum iri; perinde est, quasi pure deberetur, eoque solutum repeti non potest. *L. quod si ea, d. L. Iulianus*: *illic similemque esse, supr. de cond. ind.* Idemque satis colligitur per contrarium ex *d. L. pecuniam, in fi. supr. si cert. pet.* Atqui Paulus hanc speciem, cum unus eandem rem pure et sub conditione promisit, dissimilem esse dicit illi, cum duo eandem rem mihi promiserunt, unus pure, alter sub conditione novandi animo. Ex quo necesse est intelligi in ea repetitione soluti, de qua tractat, hactenus esse dissimilem, ut si ex duobus istis promissoribus prior ille qui pure initio debuit, pendente conditione solvat, repetere possit tanquam sub contraria conditione debitum solutum, ac proinde indebitum. Et vero, ut de loco nonnihil obscuro et ad quæstionem propositam magnopere pertinente hoc obiter explicem, eam esse Pauli sententiam quam dixi, animadversa eius propositione, et iis quæ sequuntur ad institutum eius accomodatis, facile intelligi poterit. Dixerat Paulus, cum quis quid promisit hoc modo, *sive navis ex Asia venerit, sive non venerit*, hunc si pendente conditione solvat, repetere non posse, quia omni modo debuerit is, quem ex alterutra conditione semper debiturum esse certum est. Obstabat ei quorundam sententia de hac specie: nam ubi quis quod pure debet, promisit sub conditione, si navis ex Asia venerit; in qua specie licet animadvertere eundem promissorem debere sive navis ex Asia non venerit, sive venerit: hic quidam putabant, si promissor pendente conditione solvat, eum solutum repetere posse. Hoc Paulus negat in extremo responso: et quidem ei negandum est, si vult tueri quod prius posuerat, eum, qui promisit sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, interim solutum repetere non posse. Illi probabant in superiore specie solutum posse repeti hoc argumento: *idem enim esse, ac si* (sic enim legendum esse, ut in vulgatis exemplaribus sequentia declarant) idem esse, inquam, *ac si diversas personas eandem pecuniam pure et sub conditione novandi animo promisisse*: ubi nimirum iidem illi intelligunt, si is qui pure debuit interim solvat, posse eum condicere. Paulus ostendit argumentum non convenire: quia dissimiles hæ caussæ sint. *Sed hoc dissimile est*, inquit: quasi diceret ex hac posteriore specie, ubi duo promiserunt, non recte colligitur idem probandum esse, ubi unus promissor eandem pecuniam debet et pure et sub conditione: quia caussa est dissimilis: cur autem dissimilis, aut qua in re? quia cum unus debet, inquit, ex stipulatione pura et con-

ditionali, eum debiturum esse certum est: Quod non fit; ubi duo diversi promiserunt novandi animo, unus pure et alter sub conditione. Nam et eum, qui ab initio pure promisit, certum non est ex stipulatione debiturum. Itaque non tantum *L. pecuniam*, de qua dixi: sed etiam si ea desit, unus hic locus maxime statuit eam sententiam, quam defendimus, et quam hic Iuliano placere evidenter apparet, cum scilicet quod Titius mihi pure debet, stipulatus sum a Seio sub conditione novationis caussa, ne cum Titio quidem pendente conditione agi posse, quandiu res promissa exstabit, id est, quandiu ex posteriore stipulatione spes erit debitum iri. Optima ratione; quia quandiu hæc spes fuerit, incertum sit; an ex priore stipulatione deberi possit; eoque si interim petatur, verum sit ante tempus peti videri, ut est in *dict. L. pecuniam, in fin.* Sit igitur prius illud constitutum in specie proposita, quandiu conditio novationis pendebit, etiam Titii, qui pure initio debebat, obligationem in pendenti incipere esse, differitque posteriore stipulatione, ut quamvis novatio nondum facta sit, tamen interim cum eo agi non possit, si modo et res
11 promissa exstabit. † Alterum expendamus, quod pro eodem tempore Iulianus hic nominatim posuit; si homo promissus pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim me cum Titio agere posse: nam hoc in duas etiam difficultates incidit. Primum hic nobis occurritur ex eo, quod paulo ante constituimus: negavimus enim cum Titio posse agi pendente conditione, etiam si homo promissus vivat, qui et natura dari possit. Qui convenit igitur interim cum eo agi posse, ubi homo promissus decesserit, etsi id contigerit post Titii moram? Dices moram Titii perpetuare obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. L. si ex legati. supr. eod.* Nihil hoc ad rem expediendam pertinet. Nam et vivo adhuc Sticho promissor in mora fuit, quem tamen vivo et conveniri non potuisse diximus. Nisi forte putamus maiorem esse vim moræ, ubi homo promissus decessit, quam cum adhuc vivit. Quod est ridiculum. Ideo enim promissor mortuo homine post moram tenetur, quia qui decessit, fingitur exstare, ut sic efficiatur perinde teneri promissorem post moram suam, ac si homo adhuc viveret. *L. nemo, 82. §. 1. infr. eod.* Plus quam autem absurdum sit magis teneri promissorem, ubi Stichus exstare tantum fingitur, non exstat, quam ubi exstat re vera, ut imagini tribuamus plus, quam ipsi naturæ veritati. Sed res dubitationem non habet, quin homine post moram Titii mortuo non possit propterea cum Titio confestim agi, quia moram fecit: quam et vivo homine promisso multo magis fecerat. Cur ergo, inquam, dum homo vivit, cum Titio quamvis maxime moram fecerit, et sit res, quam præstare possit, pendente conditione agi non potest: postquam autem homo decessit, quo tempore nihil est, quod præstetur, cum eo statim agi potest? Videndum est, quæ caussa vivo adhuc Sticho suspendat priorem obligationem Titii. Hæc Sticho mortuo commutata rem expediet. Et quandiu vivit Stichus, tandiu spes est posteriorem stipulationem committi, et per hanc novationem contingere posse: quia et conditio natura exsistere potest, et res est, quæ ex posteriore stipulatione possit deberi. Spes autem novationis et liberationis futuræ priorem obligationem, cuius novatio exspectatur, suspendit in id tempus, dum sciatur, utrum novatio contingit, necne, ut antea diximus. Hinc dilatio eius obligationis, qua fit, ne cum Titio agi possit pendente conditione, quandiu Stichus vivit. At ubi Stichus decessit, caussa commutatur. Statim certum esse incipit posteriorem stipulationem committi non posse; quia etsi conditio extiterit postea, non tamen res est, quæ inde debeatur: quo fit, ut certum etiam esse incipiat nec inde contingere posse novationem. Ita novationis spe sublata, quæ prioris obligationis differendæ caussa erat, una etiam ipsam dilationem, quæ inde nascebatur, tolli necesse est. Proinde et obligationem Titii, qualis ab initio fuerat, talem et nunc manere; fuit autem pura. Idcirco et nunc pura erit; ex qua proinde confestim Titius conveniri potest. Hoc tamen ita, non si Stichus solum decesserit pendente conditione, sed si, ut diximus, decesserit
post Titii moram. † Hic rursum altera dif- 12
ficultas obiicitur ex eo, quod Iulianus sic hanc conditionem adiicit, quasi Stichus in proposito pendente conditione posterioris stipulationis post moram Titii mori possit, atqui hoc accidere posse non videtur. Alterutrum enim necesse est, aut post interpositam novandi animo posteriorem stipulationem pendente conditione Titium moram fecisse, aut antea. Post interpositam eam stipulationem moram facere non potuit. Certum enim hoc esse debet, quod supra effectum est, pendente conditione a Titio peti nihil posse, quia sub contraria conditione debere cœperit. Nulla autem mora ab eo fieri intelligitur, a quo aut iure aut

per

per exceptionem peti non potest. *L. si pupillus*, *infr. eod.* *L. nulla*, *infr. de reg. iur.* Rursum antea si fecit, quod fieri potuit; tamen posteriore stipulatione res eo deduci videtur, quasi nec facta esset: placet enim ea stipulatione purgari debitoris moram, idque ita scriptum est in *L. quoties*, *infr. de novat.* Et ne quis id dictum interpretetur tantum de eo debitore qui idem stipulanti creditori sub conditione promisit: adiicitur in *L. qui decem*, §. 1. *infr. de sol.* etiam tum debitorem periculo liberatum esse, cum ignorante eo creditor Stichum ab alio stipulatus est. Quæ species est, de qua nunc agimus. Et recte sentiunt, qui monent in *L. quoties*, *de novat.* referri ab Ulpiano Marcelli sententiam obiter. Proinde hic videndum esse, quid Marcellus de hac re tota senserit. Iam vero huius sententiam esse expositam in *d. L. qui decem*, §. 1. *infr. de sol.* quod illic de ea traditum sit, id sequendum esse. Docet autem illic Marcellus posteriore stipulatione conditionali moram prioris debitoris interdum quidem purgari; sed et interdum non purgari. Purgari tunc, cum in posteriore stipulatione interponenda Stichus promissus præsens fuit, ut sic eum pro oblato creditor habuerit, qui et potuit offerri. Non purgari tunc, cum Stichus abfuit. Non enim posse intelligi oblatum eum qui abfuit. Hoc ergo posterius in proposito sic usu venisse intelligemus. Id si contigerit, non convenietur quidem Titius idemque prior debitor pendente conditione, quandiu Stichus vivet. At si pendente conditione Stichus decesserit, quia decesserit post Titii moram, idcirco confestim cum Titio agi posse dicemus.

Hæc de vi posterioris stipulationis conditionalis novandi animo interpositæ dicta sunt pro eo tempore, quo adhuc pendet conditio novationis, quo eodem de Titio tantum priore debitore conveniendo quæritur. Alterum tempus erat, quod in hoc genere stipulationis dubitationem habere diximus, quo conditio extitit, et quo novationem fieri a veteribus traditum est, ut iam Seius in specie proposita solus obligetur Titio liberato. De qua parte breviter definit Iulianus hoc loco, atque ita definit, ut totum, quod in hac parte quæstionem habere potuit, complectatur his verbis: *nec Seius existente conditione obligatur. At si Titio acceptum fecissem, Seius existente conditione obligari potest.* Hic de Seio tantum loquitur, ad quem solum pertinet stipulatio posterior, quæ est conditionalis; et in hoc solum tempus orationem confert, cum conditio extitit. Quo solo tempore de novatione quærendum est, et an tunc Seius obligetur. Nam ante non obligari eum constat, qui sub conditione debuit. §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Hunc autem Seium conditione existente aliquando non teneri ait, aliquando teneri; quod significat aliquando novationem non fieri, interdum fieri; et simul ubi id contingat, ostendit. † Ex quo intelligimus in his verbis hanc 13
sententiam, atque hanc definitionem Iuliani inesse de proposita quæstione, an existente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ novatio fiat, et quando: hic distinguendum esse videlicet, ut si ante, quam conditio existeret, Stichus promissus decesserit; quamvis existente postea stipulationis conditione, tamen Seius non obligetur, idest, nec novatio fiat, idque etiam, si post moram Titii prioris debitoris Stichus decesserit. Quod si quo tempore conditio existit, adhuc homo promissus vivat, hic iam Seius omnimodo obligetur, idest, omnimodo novatio fieri intelligatur, non tantum si ante, quam conditio existeret, nihil fuerit in Titium secutum, quo ille liberaretur; sed etiam si multo ante creditor ei acceptum fecerit, quod debebat. Et hic quoque utraque pars huius distinctionis suam nonnullam difficultatem habet: quæ et nobis expedienda est. † Ac 14
primum quod ait, si Stichus ante quam conditio existeret, decesserit, existente postea conditione novationem non fieri; seu Seium non teneri; si quidem Stichus proponatur ante moram Titii prioris debitoris decessisse, manifesta ratione defenditur. Ut enim stipulatio conditionalis committatur, sive ut exsistente eius conditione contrahatur obligatio, rem quæ debeatur, subesse oportet eo tempore, quo conditio impletur. *L. quoties*, *infr. de novat.* tunc enim primum obligatio exsistere et contrahi intelligitur, quæ ante fuit nulla. *L. cedere*, *infr. de verb. signific.* sine re autem, quæ deducatur in obligationem, nulla obligatio contrahi potest. §. 1. *Instit. de inut. stip.* Cum autem Stichus promissus sine mora Titii decesserit, hic neque res amplius subest natura, quæ existente postea conditione deducatur in posteriorem stipulationem; neque adeo iure extare fingitur, cum Titius eo interitu, qui sine culpa eius contigit; etiam iure sit liberatus. At cum post Titii moram Stichus decessit, mutatur ratio. Etsi enim homo promissus amplius non exstat: tamen propter moram Titii, quæ mortem antecessit, perinde habetur; quasi Stichus viveret, perindeque etiam Titius tene-

netur. *L. nemo*, §. 1. *infr. eod.* unde et confestim cum ego agi posse supra dictum est. Cur ergo hæc Titii obligatio existente conditione non novabitur, quasi res exstaret? Sed hoc ad explicandum facilius. Post moram videtur res exstare, sed adversus eum, qui moram fecit. Unius mora alteri non nocet, qui modo non sit accessio principalis obligationis. *L. si servum*, §. *nunc*
15. *videamus*, *infr. eod.* † Altera pars plus habet difficultatis in eo, quod Iulianus ait, vivo adhuc homine promisso, si conditio existat, teneri Seium ex posteriore stipulatione, quamvis ego Titio priori debitori hominem acceptum fecissem. In quo unum sensit Iulianus sibi obstare; idcirco etiam diluit. Id autem tale est. Nam si Stichus decessisset sine mora prioris promissoris Titii, et ita Titius liberatus esset, non fieret novatio, quamvis posterioris stipulationis conditio extitisset. *d. L. quoties*, *infr. de novat.* Quo effici videtur ne tunc quidem fieri novationem debere, cum Titius alio modo a creditore liberatus erit, puta acceptilatione. Huic obiectioni tacitæ sic Iulianus occurrit, ut dicat istas liberationes non recte in hac quæstione comparari; quæ eandem vim ad impediendam novationem non habeant. Cum enim Stichus decessit sine mora Titii, non fit quidem novatio quamvis existente postea conditione: sed non eo contingit, quia Titius prior debitor e interitu sit liberatus; verum ideo, quia desit posteriori stipulationi ea res; sine qua nulla obligatio contrahi potest. Non est enim res, quæ possit ex ea stipulatione deberi. At cum Titio creditor acceptum fecit ante, quam conditio existeret, superest homo, quem Seius promiserat: ut vivo homine si conditio exsistat postea, nihil hic desit, quod necesse sit ad contrahendam ex posteriore stipulatione obligationem. Imo vero deest, dicet aliquis: atque hic rursum adversus eandem sententiam consistitur. Deest nimirum Titii obligatio, qui ante acceptilatione fuit liberatus. Nam et hanc subesse oportet, quo tempore conditio posterioris stipulationis impletur, si modo ea existente novationem fieri volumus; et Seium novationis caussa obligari, ut volumus. Fingimus enim a Seio stipulatum esse me, quod Titius debebat, novandi animo. Titii, inquam, obligationem subesse oportet, si existente conditione posterioris stipulationis novationem fieri volumus. Nam si novatio est prioris obligationis in aliam transfusio; *L. 1. infr. de nov.* non potest, ubi priorem detraxeris, ulla novatio existere; perspicuum est enim priore sublata ne posteriorem quidem ullam intelligi posse, in quam prior quæ nulla est, transfundatur. Denique nulla est posterior, quæ novet, ubi prior, quæ novetur, nulla est. Et hoc ego omnino consequens esse existimo, si concesserimus Titium; ut ei pendente conditione acceptum factum est, ita acceptilatione esse liberatum. Quid ergo est? dicendum est, non fuisse liberatum: ut hac ratione vere dicturi simus nihil ne hic quidem deesse ad novationem prioris obligationis constituendam, si conditio postea extiterit. At quomodo probabitur, eum, cui accepto latum est, non fuisse liberatum acceptilatione: cum constet acceptilatione maxime Iure Civili omnem tolli obligationem verbis contractam? §. *item per*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Id ex ea re accidit, quod acceptilatione tolli non potest obligatio sub conditione aut in diem contracta, prius quam conditio stipulationis extiterit, aut dies venerit. *L. quod in diem*, *infr. de acc.* Iam vero cum quod Titius debet, stipulatus sum a Seio novandi animo sub conditione, si navis ex Asia venerit, effectum est supra Titium sub contraria conditione obligatum esse, si navis ex Asia non venerit. Ita superiori definitioni consequens est, ut si interim ei acceptum fecerim, non prius liberetur, quam certum esse cœperit navem non venisse. Atqui hæc conditio non extitit; posterioris enim stipulationis conditionem contrariam existere, idest, navem ex Asia venisse fingimus: ex quo efficitur Titium nullo modo antea acceptilatione liberatum fuisse. Quod si non fuit, relinquitur scilicet eius obligatio integra, quæ recte in posteriorem transferatur; atque ita fit, ut liberetur hoc modo Titius non acceptilatione, sed novatione, et ex eadem caussa Seius obligetur. Quare recte dicetur in summa, si in proposito pendente conditione posterioris stipulationis Stichus promissus mortuus sit absque mora Titii, tum neque rem superesse, quæ debeatur ex posteriore stipulatione, neque obligationem, quæ novetur. Ita iure fieri, ne Seius obligetur existente postea ea conditione. Quod si Sticho vivo creditor Titio pendente conditione acceptum fecerit, hic contra utrumque ad novationem faciendam esse integrum; et rem quæ debeatur, et obligationem priorem, quæ transferatur. Proinde et conditione existente novationem fieri, unde et Seius obligetur.

Ad. L.

Ad L. Si quis, si Titius. 57.

Idem lib. LIII. *Digestorum.*

Si quis, si Titius consul factus erit, decem dari spoponderit; quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

SUMMARIA.

1. *Ex contrahentibus uno pendente conditione defuncto, si conditio postea existat, an quid debeatur*, et n. 3.
2. §. Ex conditionali, Inst. eod. *explicatur.*
4. *Conditionale legatum, an et quando ad heredes transeat.*
5. *Conditionale legatum a stipulatione circa heredum obligationem quid distinguat.*

UT in conditionalibus stipulationibus si Stichus promissus pendente conditione decesserit, ex stipulatione nihil deberi potest, quamvis conditio postea extiterit, quia rem subesse oportet eo tempore, quo conditio impletur, ac sine re quæ debeatur, nulla obligatio potest contrahi, ut docuimus ad *L. cum, qui ita, præced.* §. *ult.*
1 † ita si pendente conditione decesserit unus ex contrahentibus, par esse videri potest, ut nihil ne hic quidem debeatur, quamvis postea conditio existat, quia et sine personis stipulantis promittentisve non magis stipulatio possit confici, quam sine re quæ debeatur. Sed hoc non placuit; et ideo ne similitudinis species erroris aliquid obiiceret, diligenter a veteribus cautum est in hac parte, quod sequamur in personis tum stipulantis, tum promittentis, in hanc sententiam in summa; ut si quid his pendente conditione humanitus contigerit, nihil
2 tamen sit impedimento stipulationi. † Ad stipulatorem pertinet, quod traditur in §. *ex conditionali Inst. eod.* in hæc verba, *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio existat, mors nobis contigerit.* Non est spes debitum iri, nisi stipulatori, ad quem debiti commodum redit. Promissor metuit, ne debeatur, non ex ea obligatione quidquam sperat. Est igitur hic sensus: si stipulator cui sub conditione debetur, quique ob eam caussam sperat conditionem impletum iri, atque ita fore, ut ea existente pecunia debeatur, pendente adhuc conditione decesserit, tamen eam spem ad heredem transmitti. Spem accipe cum effectu, ut scilicet hæc ita trasmittatur, ut si conditio exstiterit postea, debeatur eius heredibus non minus, quam deberetur ipsi stipulatori, si viveret. Cui sententiæ an quidquam officiat *L. qui Romæ*, §. *Agerius, infr.* illic videbimus commodius. † Ad 3
promissorem manifeste pertinet, quod hoc loco scriptum est, si pendente conditione promissor moriatur, eum relinquere heredem obligatum. Quod sic accipi debet, ut relinquat obligatum eodem modo, quo et ipse promissor fuit, nempe sub conditione, ut si exsistit conditio, heres obligetur; si non exsistit, nihil heres debeat. Hæc in personis stipulatorum promissorumque, itemque in rebus promissis pendente conditione decedentibus aliter atque aliter constituta sunt: quia ubi Stichus promissus decessit, nulla res superest omnino, quæ exsistente conditione a promissore deberi possit. Ubi autem decessit unus ex contrahentibus aut uterque, nihilominus intelligitur eadem persona iure superesse, cui debeatur, aut quæ debeat. Nam mortuis nobis exsistit hereditas, quæ defuncti personam per omnia sustinet. *L. hereditas etiam, L. hereditas in multis, supr. de ac. rer. do.* adita hereditate ipse heres succedit in locum et ius defuncti, omninoque ita habetur, quasi eadem sit persona cum defuncto. *L. quædam,* §. 1. *sup. de eden.* Novel. *de iur. a mor. præs.* quo fit, ut et in stipulationem defuncti quamvis conditionalem eodem iure succedat. Sed an non hoc videtur adversari veterum sententiæ, qua constituebant actiones ab heredibus, aut contra heredes incipere non posse, de qua in *L. unica, C. ut act. ab her. et cont. her.?* nequaquam. Cum enim conditionalis stipulationis conditio exstitit, placet perinde haberi, quasi sti-

stipulatio ab initio sine conditione facta esset, et ad id tempus obligationem referri. *L. potior, in fin.* 1. *res. supr. qui pot. in*
4 *pig. hab.* † Idem ius observatur et in legato conditionali, cum de debitore legati agitur, id est, herede. Nam et hic si decedat pendente conditione legati, relinquit heredem suum obligatum, ut relinqueret promissor, si pendente conditione stipulationis decessisset. Nihil enim in huius herede excipitur, quia hæc testatoris mens est, ut omnino legatum perveniat ad legatarium. Non idem placuit e converso in persona legatarii. Nam hic si decedat pendente legati conditione, nihil debetur eius heredibus, quamtumvis conditio postea exsistat. *L.* 5. *supr. quan. di. leg. ce. L. unica*, §. *sin autem aliquid*, *C. de cad. toll.*
5 † Cur hæc tam varie? An quod legatum conditionale non cedit ante, quam legati conditio exsistat: stipulatio conditionalis cedit statim? nam hoc animadverto quosdam scribere. Apage istam sententiam, quæ verbis diserte scriptis refellitur in *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* Nam quod eam confirmant *L. ususfructus*, *infr. de stip. ser.* quantopere in eius loci sententia hallucinentur, ex iis intelligi potest, quæ de ea diximus ad *L. si rem meam*, 31. *supr. eod.* Nihilo rectius utuntur hoc argumento quod stipulator conditionalis dicitur esse creditor: legatarius non item. *L. is cui sub conditione. supr. de obl. et ac.* Ideo enim qui stipulatus est sub conditione dicitur creditor, quia ex sententia legis, quæ creditoribus aliquid tribuit, tanquam creditor accipitur, seu creditoris loco est, ut hoc idem aliis verbis explicatur in *L. creditores*, 10. *et L. creditorum*; *infr. de verb. sig.* cæterum re vera et absolute non est creditor, cui nihil debetur. *d. L. creditorum*, *de verb. sig.* Qui autem sub conditione stipulatus est, huic pendente conditione nihil debetur. *d. L. cedere*, *de ver. sig.* Ideo autem stipulator conditionalis potius ex sententia legis pro creditore accipitur, quam cui legatum est sub conditione, quod ex stipulatione si conditio exsistat, semper futurum est, ut pecunia debeatur. Sive enim exsistet vivo stipulatore, ei debebitur: sive eo mortuo, debebitur eius heredibus. At ex caussa legati non item est certum semper debitum iri, quamvis conditio exstiterit. Nam si legatarius decesserit pendente conditione, iam diximus heredibus nihil deberi, quantumvis exstiterit conditio postea. Sed de eo alius est plura dicendi locus. Quid ergo hic legatum distinguit a stipulatione? non utique diversitas obligationis, quæ in utroque genere pendente conditione pariter nulla est: sed voluntas eorum, a quibus hæc genera nascuntur. Ut enim iam alibi supra ostendi, alia mens est stipulantis in obligatione sibi comparanda, alia testatoris in legando. Unusquisque sibi stipulando et cavendo hoc animo est, ut cautum velit etiam heredibus suis. *L. si pactum*, *supr. de prob.* Testator autem legando hoc animo est, ut legatario consulat aut propter eius merita, ut legata ex meritis ut plurimum proficisci solent. *L. nec adiecit*, *supr. pro soc.* Aut propter aliquam aliam caussam, qua ad legatarium complectendum privatim afficitur: non item ut consulat legatarii heredibus, erga quos non iisdem de caussis est affectus: imo ne affectus quidem esse potest, utpote quos non novit. Quo fit, ut nisi prius in persona ipsius legatarii constiterit obligatio legati, nihil sit, quod ad heredem eius transmittatur. Non enim potest ex iudicio testatoris, quo heres legatarii destituitur: non ex persona legatarii decessoris sui, quia huic nihil debeatur.

Ad L. Qui usumfructum. 58.

Idem lib. LIV. *Digestorum.*

Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum: similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. Et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum: similis est ei qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit: nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit. Tunc enim priore obligatione expirante, ex secunda introducitur petitio: et tam iter, quam usus, necnon quinque exigi possunt.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Quæstio huius L. eiusque occasio.*
2. *Distinctio veterum ad quæstionis explicationem accommodata.*
3. *Usumfructum in fundo, iter in actu, usum in usufructu partis vim habere: et in iis separatim promissis idem iuris esse, quod in toto et parte in stipulationem separatim deductis.*
4. *Bis idem promittens, cum prior stipulatio valeret, posteriore nihil agit, nisi animo novandi posterior interposita sit*, et n. 6.
5. *In novatione quod exigitur ut novandi animus specialiter exprimatur, an veteri iure obtinuerit, an vero Iustiniani constitutione primum introductum sit.*
7. *Usumfructum partem fundi non esse.*
8. *Fundi appellatione proprietatem non significari.*
9. *Fundus an iuris nomen.*

1 DUabus stipulationibus propositis, quarum una ab aliquo partem, altera ab eodem totum stipulati simus, quæsitum est de posteriore, utrum valeat, quasi aliud continens; an vero sit inutilis, quatenus in utraque eadem pars continetur; quam ex parte huius loci quæstionem esse ex iis quæ Iulianus de actu et itinere, de decem et quinque, de usufructu et usu nominatim definit, animadverti potest. Quærendi occasio nascitur ex ea definitione veterum, quæ traditur in *L. qui bis*, *supr. eod.* eum, qui bis idem promisit, amplius quam semel ipso iure non teneri; cuius sententiam hanc esse diximus, eum, qui bis idem promisit, ita amplius quam semel non teneri, ut si prior stipulatio valet, posteriore nihil agatur, idest, posterior plane sit inutilis. Hic nimirum quærendum fuit, quando posteriore stipulatione contineretur idem, non aliud. Quæstio supervacua, cum idem omni ex parte continetur posteriore stipulatione, idest, neque plus, neque minus; itaque de eo non agitur. Sed huic tunc locus est, cum incidit ea species, quam initio posuimus; cum scilicet partem stipulatus quis est ab aliquo, et separatim ab eodem totum; sive quod prius partem stipulatus est, deinde totum: sive quod stipulatus est e converso prius totum, deinde partem. Ambigendi caussa ex eo, quod si totum coniunctim per se spectemus, aliud atque aliud contineri videtur utraque stipulatione. Aliud est enim pars, aliud totum; at si totum spectemus ut rem constantem ex suis partibus, existimari potest utraque stipulatione idem pro parte contineri. Nam in toto pars inest. Itaque si prius stipuletur quis partem fundi, deinde fundum, videatur in posteriore etiam partem illam complecti, quam priore stipulatione sibi caverat: cum, ut dixi, in fundo contineatur et pars fundi; et e converso si prius quis stipuletur fundum, deinde eius fundi partem, haud dubie postea eam partem stipuletur, quam et in fundo priore stipulatione complexus erat. Hinc ergo quæstio in hac specie ad superioris regulæ explicationem accommodata, an cum id fit, posteriore stipulatione contineatur idem, ut inde statuamus videlicet, quatenus id fit, eatenus posteriorem stipulationem esse inutilem; quod regula iuris, eadem re bis promissa exigit.
† Et in hac quæstione statuerunt veteres 2
multum referre, utrum prius stipuletur quis partem, deinde totum: an contra prius totum, deinde partem: ut si quidem prius partem, postea totum, posteriore stipulatione videatur contineri aliud, ac proinde stipulatio in totum valeat: sin e converso prius stipuletur totum, deinde partem, hic posteriore stipulatione contineatur idem, ideoque et ea stipulatione nihil agatur. Hæc distinctio non obscure significatur in *L. si pupillus*, *§. ult. infr. de nov.* Non enim solum cum quis stipulatur actum, deinde iter, illic Ulpianus scribit idem, quod traditur hoc loco, posteriore stipulatione nihil agi: sed etiam e converso si quis actum stipulatus sit postea, ait aliud magis stipulari, idque adversativa particula, *sed*, inter utranque speciem interposita. Ut intelligamus scilicet in priore specie cum quis actum stipulatur, deinde iter, non solum posteriore stipulatione itineris nihil agi, quod illic expressum est; sed etiam ideo nihil agi, quia ea stipulatione idem contineatur; quod adversativa sequentis membri indicat, et superiori definitioni veterum consequens est. In altera autem specie, cum quis stipulatur iter, deinde actum, non solum observemus posteriore stipulatione totius aliud contineri, sed etiam ex contentione prioris speciei intelligamus eam stipulationem esse utilem; quod et ipsum priore illo posito efficitur. Nam si posteriore stipulatione continetur aliud, stipulationem iure publico valere necesse est; quia superior definitio quæ de eadem re bis promissa concepta est, aperte non pertinet ad eas stipulationes in quibus aliud atque aliud promittitur. Atqui constat actu etiam iter contineri, aut tanquam partem, aut tanquam rem parti similem. *L. 1. supr. de ser.*

ser. præd. urb. Inst. de ser. in princ. ut sive pars sit, superiore Ulpiani loco ea sententia exprimatur, quam dixi; sive parti sit similis, multo magis. Sed cum in toto semper pars insit, cur qui totum postea stipulatur, non intelligitur in fundo stipulari eandem partem fundi, quam prius erat stipulatus, ut hactenus saltem posterior fundi stipulatio sit inutilis? quia alia pars est, quam prius stipulatus est; alia, quæ fundo continetur. In toto pars inest; sed pars in toto confusa, pars cum aliis partibus commixta, et coniuncta, non separata. Prius autem partem eiusdem fundi stipulatus est distinctam et separatam ab aliis, quæ in fundo relictæ sunt; cuius separatæ stipulatio, longe aliam vim habet, atque ea quæ appellatione totius comprehensa intelligitur. Nam pars separatim in stipulatum deducta et separatim solvi potest etiam invito creditore, quia sola debebatur. Fundo autem semel promisso etsi singulæ eius partes continentur stipulatione; quia tamen appellatæ non sunt, nec divisim et particulatim invito stipulatore solvi possunt, sed solum fundus. Adeo ut ne in quantitate quidem ex decem promissis quinque recte offerantur, si creditor recuset accipere, ut diximus ad *L. 2. §. 1. supr. eod.* Sed rursum si id ita est, cur non et eadem ratione pars posteriore stipulatione promissa dicatur esse alia ab ea parte, quam idem stipulator priore stipulatione fundi complexus est? Atqui eandem esse dicimus; hac enim de caussa fit, ut posteriore stipulatione nihil agatur. Differentiæ ratio est, quod cum prius stipulatur quis partem fundi; deinde totum fundum; hic totus fundus partem ex sese habet, non ex priore stipulatione accipit, quæ potius mutuabatur partem ex toto. At ubi prius stipulatur totum, deinde partem; hic pars quæ posteriore stipulatione comprehensa est, deducitur de toto, ut necesse sit eam ipsam partem esse intelligi, quæ priore stipulatione fundi continebatur. Constituta est igitur distinctio illa, quam hic veteribus placuisse dicimus, ut si quis prius stipuletur partem, deinde totum, posterior stipulatio omnino aliud habeat, eoque ut non pertinet ad eam definitionem veterum qua de eo cavetur, qui bis idem promittit; ita quominus valeat, nihil illa definitio sit impedimento. Hinc pendet quæstio et ratio huius loci, Quod enim de toto et parte, itemque de parte et toto separatim promissis superiore distinctione probatum est, cœpit deinde dubitari, an et ad res quasdam transferendum esset, quæ partes quidem non essent, partium tamen
3 instar habere viderentur. † Huius generis res sunt, ususfructus in fundo, iter in actu, usus in usufructu. Propone aliquem stipulatum esse usumfructum fundi, deinde fundum; aut e converso prius fundum, deinde usumfructum: item prius iter, deinde actum; aut vice versa prius actum, deinde iter: item stipulatum prius usum, postea usumfructum; aut contra prius usumfructum, deinde usum. Et Iulianus in summa tria ista quæ proposuimus, partis vim habere hoc loco statuit. Ideoque et in propositis exemplis idem iuris esse de posteriore stipulatione, quod iuris esse diximus, toto et vera parte separatim promissis. Prius autem de usufructu id ita esse docet, idque diligentius, quia in hoc maior dubitatio esset, an esset tanquam pars fundi habendus. Cætera duo, idest, iter in actu, et usum in usufructu, significat certo pro parte habenda. Nam neque agere nisi eundo, neque frui, nisi utendo possumus. Idcirco et sine cunctatione aperte et recta pronunciat, si quis prius stipuletur actum, deinde iter; prius usumfructum, deinde usum, posteriore stipulatione nihil agi, non magis quam cum prius decem, deinde quinque stipulatur. Nihil dicit e converso in his quod iuris sit, si quis prius stipulatus sit iter, deinde actum; prius usum, deinde usumfructum, id est, prius quod minus est, et tanquam pars, deinde quod est maius, et velut totum, quemadmodum fecerat prius in usufructu, ubi quis eum prius stipulatus est, deinde fundum. Quod ideo factum coniicere possumus, quia nemo facile dubitaturus esset, quin aliud sit actus, quam iter, aliud ususfructus, quam usus. Cæterum re vera hæc esse aliud cum posteriore stipulatione promissa sunt, alibi nominatim traditur: nempe in *d. L. si pupillus. §. ult. infr. de novat.* ut intelligere liceat his posteriore stipulatione, promissis non minus valere stipulationem, quam si vera pars prius, deinde totum promissum esset: proinde ista omnia, quæ partis instar habere dicimus, in quæstione proposita eodem iure habenda esse, quod de vera parte constitutum est. Addit Iulianus in extremo exceptionem de novatione, quæ qualis sit suo loco dicemus. Sed verba paucis expendamus, ut si quid in his dubii reliquum est, ordine explicetur. Ait, *qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum.* Cur non dixit esse eum, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum, sed solum similem ei? nempe quia ususfructus, qui ius est, re vera fundi pars non est, ac

ne

ne esse quidem potest: de quo ad extremum plura: sed tamen quia emolumenti, id est, dominii quo fundus obtinetur, pars est, ideo partis instar obtinere dicitur Papiniano. *L. Mævius. §. pe. L. cum filius, §. dominus, sup. de leg.* 2. Quam et ipsam rationem reddidit hoc loco Iulianus, aliis quidem verbis, eadem tamen sententia, cum ita subiicit, *quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur.* Non dicit, quia fundus esse non potest, usufructu detracto; sed quia hoc detracto dari non potest, id est, quia dominium eius transferri non potest. Id enim dari significat. *§. sic itaque Inst. de act.* Hoc vero alia de caussa non fit, quam quod dominium fundi constet ex usufructu, ut consequens sit hoc detracto totum et plenum dominium non transferri. Sed quorsum hoc, usumfructum partem fundi videri? quorsum id etiam e converso in sequente specie inculcari, quasi parum fuisset id semel dici ab initio? quorum posterius supervacuum videtur: utrumque etiam alienum. Nam de vi posterioris stipulationis quæritur, de qua Iulianum agere ex sequentibus definitionibus similium exemplorum apparet; quo pertinet etiam quod in hoc initio tam diligenter de duabus stipulationibus proponit. Nunc autem de usufructu respondet, hunc partem dominii esse videlicet, seu videri partem fundi; quid hoc ad vim stipulationis, et ad quæstionem pertinet? Et ex his quæ dixi, intellectum est omnino pertinere, adeoque ex eo uno statui id, de quo quæritur. Nam si ususfructus fundi pars est, aut pro parte habetur, fit locus supra scriptæ distinctioni de parte et toto separatim promissis, quam ex iure notam fuisse diximus. Hoc ergo posuit Iulianus, quod erat prius, et ex quo quæstio proposita pendebat, ut ex eo id quod erat consequens, intelligeretur. Itaque cum dicit eum, qui stipulatur usumfructum, deinde fundum, similem esse ei, qui stipulatur partem, deinde totum; nihil aliud indicare voluit, nisi posteriorem quoque stipulationem fundi in totum valere, ut tunc fieret, cum stipulatus esset partem, deinde totum; et e contrario cum dicit, eum, qui stipulatur fundum, deinde partem, similem esse ei, qui stipulatur totum, deinde partem; nihil aliud exprimit, quam quod in actu et itinere, decem et quinque separatim atque hoc ordine promissis continenter subiicit, posteriore nimirum stipulatione nihil agi: quia ita ius esset, ubi quis prius totum, deinde veram totius partem stipulatus esset. In qua posteriore specie cum ius dissimile sit a priore, non debet videri supervacuum, quod de hac specie subiicit. Non enim propositum est ei dicere de usufructu, quid sit, de quo iam satis dixerat; sed de vi posterioris stipulationis; quæ vis mutatur prout ea stipulatione aut totum comprehensum erit, aut pars dumtaxat. Enimvero cur non potius aperte dixit, in priore speciem posteriorem stipulationem fundi valere: in altera autem specie posteriorem stipulationem ususfructus esse inutilem; cum de eo præcipue quæreretur? quia in usufructu hoc erat incertius. Non enim dubitabatur, quin cum posteriore stipulatione totum promissum est, cuius pars prius promissa erat, posterior stipulatio tanquam de alia re interposita valeret: cum autem posterius promissa erat pars, cuius totum prius promissum erat, quin posterior stipulatio esset inutilis. Sed illud erat dubium, an ad usumfructum hæc distinctio pertineret, quia ambigeretur, an ususfructus pars esset, an aliud quiddam; ut et alias quæri docet Caius in fideiussoris obligatione in usumfructum accepti, cum reus fundum promisisset, non usumfructum. *L. si a reo, §. si reo, infr. de fideic.* Ergo quod erat dubium, de eo respondit, idque statuit Iulianus, quia ad cognitionem nostram pertinebat; quod erat iuris certi, prætermisit, quia non erat necesse id adiicere, cum esset eiusmodi, quod ex eo quod prius posuerat, continuo intelligeretur. Ex his puto facile intelligi, cum hoc loco de duabus stipulationibus agitur, quarum una partem stipulatus quis est, altera deinde totum, aut e converso; non hoc quæri de posteriore, an ea novet præcedentem, necne; sed an valeat, an non valeat: unde est, quod postea respondetur in tribus exemplis, posteriore stipulatione nihil agi. Quibus verbis non significatur posteriorem stipulationem esse inutilem ad novationem, sed plane esse inutilem. Inter quæ multum interest; fieri enim potest, ut posterior stipulatio ad novationem non prosit, neque eo minus per se valeat, et promissorem obliget. *L. 2. infr. de novat.* Sane qui dicit posteriore stipulatione nihil agi, is etiam vi ipsa satis dicit ea stipulatione novationem non fieri; cum non sit novatio, nisi prioris obligationis transfusio in aliam. *L. 1. infr. de novat.* Sed hoc amplius etiam illud complectitur per se esse inutilem, et non parere obligationem, quod non facit is, qui ad novationem tantum inutilem esse dicit; ut nihil in his proponatur hactenus, cur de novationis iure vetere disputatio huc infera-

ratur, quasi quidquam ad hunc locum pertineat. Proinde recte fit, quod totum hunc locum ad explicationem illius definitionis referimus, qua veteres statuerunt, eum, qui bis idem promittit, amplius quam semel non obligari, ut hac ratione, si prior valet, posterior nulla sit. Cum enim in propositis exemplis dicitur posteriore stipulatione nihil agi hoc statuitur, idem ea stipulatione promitti. Ideo enim ex superiore definitione est inutilis, quia bis idem promittitur. Rursum cum in posteriore dicitur aliud contineri, ut *d. L. si pupillus*, §. *ult. infr. de novat.* non dubium, quin eo referatur, ut sciamus stipulationem ad eam definitionem non pertinere, quia bis idem promissum non sit; eoque nihil obstare stipulationi, quominus valeat. Ait, *sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.* Ex his verbis superiora incidunt in difficultatem. Sic enim hæc per adversativam subiecta sunt, ut appareat Iulianum in his quæ sequuntur, statuere voluisse aliquid diversum ab eo, quod prius scripserat; hæc enim vis est adversativæ. Atqui si vera sunt ea, quæ de præcedente specie diximus, et in ea et in his quæ sequuntur, idem ius est de posteriore stipulatione. Agebatur prius de eo, qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum. In ea vero specie quod Iulianus dicebat eum similem esse ei, qui totum stipulatur, deinde partem, hanc sententiam habere diximus, ut intelligeremus hic quoque posteriore stipulatione nihil agi. An ergo non recte ita accipimus, et interpretatio ex his sequentibus mutanda est? Sed nihil est ea sententia verius, neque ad mentem Iuliani quidquam accommodatius. Aperte enim in iis ipsis verbis, quæ modo retulimus, statuit eum qui prius totum, deinde partem stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere. Ut non sit dubium, quin is qui de eo, qui prius fundum, deinde usumfructum stipulatus est, prius illud statuit, etiam posterius, quod est consequens, statuat. Idque eo magis probandum est, quod similes plane sunt hæ species, cum fundum quis stipulatur, deinde usumfructum, et cum stipulatur prius actum, deinde iter. In utraque enim specie prior stipulatio continet id quod maius est, posterior id quod minus, et quod priore continebatur. Quid sibi vult igitur, quod Iulianus ista separat? id enim ut dixi, adversativa ostendit. Nisi forte probandum est hic particulam, *sed* pro adversativa accipiendam non esse, sed pro coniunctiva, quæ assumptioni subiiciendæ, et cum propositione connectendæ serviat. Quasi diceret; atqui cum quis totum stipulatur, deinde partem posteriore stipulatione nihil agit, veluti cum stipulatur actum, deinde iter. Ex quo intelligitur conclusio de stipulatore fundi et ususfructus; ergo qui stipulatus est fundum, deinde usumfructum: posteriore stipulatione nihil agit. Sed hic omnia reclamant. Primum particulæ, *sed*, non temere est hic usus apud Latinos, ut assumptioni connectendæ adhibeatur, sed ut diversum aliquid a prioribus subiiciat. Deinde non potest videri assumptio, quæ ea verba, quæ sunt in propositione, non assumit. Quod hic factum non esse in his verbis, quæ proponuntur, apparet. Postremo ita interpretantibus dicendum erit Iulianum hoc loco solum agere de fundi et ususfructus stipulatione principaliter; ut pote qui per occasionem eius disputationis solum inserat exempla quæ sequuntur, argumenti et confirmationis loco. At de his apparet agere eum æque principaliter, ut de usufructu, ac de omnibus disserere per comparationem ita, ut statuat in omnibus esse idem. Ita quin hic sit adversativa posteriora a prioribus separans, negari non potest. Ac ne illud quidem potest dubitari, quin adversativa ad proximam speciem præcedentem referatur, ut significet videlicet Iulianus aliud esse, cum quis stipulatus est fundum, deinde usumfructum, aliud cum stipulatus est actum, deinde iter. Nam ut ad priorem illam solum referatur, cum quis stipulatus est prius usumfructum, deinde fundum, neque structura orationis patitur, neque vis adversativæ, quæ inter res in speciem similes interponi solet. Constat autem has species longe diversas esse, cum prius stipulamur partem, deinde totum, et cum e converso prius stipulamur totum, deinde partem. Ego non dubito, quin supra scriptis verbis Iulianus proximam speciem de stipulationibus fundi, et ususfructus separet ab ea specie, quam subiicit, et cæteris sequentibus. Neque eo minus tamen verum est in his omnibus posteriore stipulatione nihil agi; videndum est enim, in quo istas species separet. Et perspicuum est non separare eum in iure posterioris stipulationis; quod potius idem esse confirmat exemplo eius; qui prius decem, deinde quinque, idest, prius totum; deinde partem stipulatur, dum in hac posteriore stipulatione nihil agi statuit: sed in certitudine huius iuris dissimiles facit hoc modo: Prius dixerat eum, qui posterius stipulatur usumfructum, similem esse ei, qui posterius stipulatur

tur partem. Quo significat usumfructum non aperte et re vera partem, esse sed parti similem; ex quo timidius intelligendum reliquerat posteriorem eam stipulationem de usufructu esse inutilem. Nunc subiicit per adversativam, aliter de eo pronunciandum esse, qui actum stipulatur, deinde iter. Hunc quidem enim ut superiorem posteriore stipulatione nihil agere; sed hoc addito, ut nihil agat, sicuti nihil agit, qui decem deinde quinque stipulatur. Quæ verba hanc significationem habent, quasi diceret; sed cum quæritur de eo, qui actum stipulatur, deinde iter, non iam hunc dicimus similem ei, qui stipulatur totum, deinde partem, ut de eo diximus qui fundum stipulatus est, deinde usumfructum: sed re vera is est, qui totum stipulatur, deinde partem. Ideo hic posteriore stipulatione nihil agit eodem modo, quo certum est eum nihil agere, qui decem, deinde quinque stipulatur: idest, aperte et sine hæsitatione nihil agit. Et recte hæc aliter affirmantur in eo, qui stipulatus est fundum, deinde usumfructum; aliter in eo qui actum, deinde iter. Quippe iter actus partem recte et certo dixeris: usumfructum autem fundi non item. Nam fundus sine usufructu et esse et obtineri potest. Actus sine itinere nullo modo. Non enim agere aut vehiculum ducere nisi eundo possumus. Eæ autem cuiusque rei partes intelligendæ sunt quibus unaquæque res constat, et sine quibus illa constitui non potest. Ait *nihil agit: nisi in omnibus novandi animo hoc facere* (deest, *se*; rectus enim sermo est, hoc se facere expresserit) *specialiter ex-*
4 *presserit.* † Ergo qui bis idem promittit, cum prior stipulatio valeret, posteriore nihil agit, nisi animo novandi posterior interposita fuerit. Tunc enim valebit posterior, quia id agitur. Nec adversatur regula iuris, qua placet eum, qui bis idem promittit, amplius quam semel non teneri. *L. qui bis*, *supr. eod.* nam ne nunc quidem amplius, quam semel eum teneri volumus. Sic enim tenebitur ex posteriore, ut tollatur prior novationis iure, atque ita una sit petitio ex posteriore. Et hoc est quod subiicit; *tunc enim priore obligatione expirante*, *ex secunda introducitur petitio.* Adiicit hoc etiam; *et tam iter*, *quam usus*, *nec non quinque exigi possunt.* Quibus verbis admonemur, cum posterior stipulatio novandi animo interponitur, non esse spectandum, quid ea contineatur, idemne, an plus, an etiam multo minus; sed quidquid novationis caussa promissum erit, stipulationem perficere ad novationem, ut et posterior constituatur obligatio, et tollatur vetus. Sed ita in his omnibus vult Iulianus posteriorem stipulationem valere novationis caussa, si specialiter expressum sit novandi animo eam interponi. † Quo loco ori- 5
tur nonnullis dubitatio. Nam cum Iustiniani constitutione effectum sit primum, ne aliter novatio fiat, quam si specialiter expressum sit, ut fieret: cum antea multis ex rebus novandi animus colligeretur apud veteres, et quocunque modo probaretur; sufficeret ad novationem, ut declaratur in §. *præterea*, *Inst. quib. mo. toll. obl. et L. ult. C. de novat.* quæritur, qui conveniat dici hanc expressionem tam multo ante exigi a Iuliano hoc loco. Et eo adducuntur nonnulli, ut putent locum interpolatum a Triboniano, et verba hæc, *specialiter expresserit*, ab illo esse addita, dum responsum Iuliani ad constitutionem Iustiniani accommodat. Ego autem tantum abest, ut putem ad rem explicandam ista coniectura, quæ tam non probatur, esse opus, ut existimem etiam ne probabiliter quidem dubitari, an constitutio Iustiniani, aut ea quæ de vetere novationis iure tradita sunt, obstent huic loco, quamvis a Iuliano ita scriptum esse dederimus. Constat enim ex *d.* §. *præterea.* Certas tantum fuisse res et notas, ex quibus apud veteres sine alia aperta conventione animus novandi coniiceretur; ut interventum novæ personæ, aut in eadem persona alicuius rei novæ adiectionem, aut veteris detractionem. In omnibus autem hæc erat conditio, si idem et tantundem in posteriorem stipulationem deduceretur, ut docuimus ad *L. eum qui ita*, §. *pen. supr. eod.* extra hæc illi novationem non admittebant, nisi aliter probaretur. Cedo igitur, ubi aliæ coniecturæ receptæ non essent, et tamen vellent contrahentes novationem fieri, quomodo hic animus olim probaretur? opinor, hoc modo; si nominatim et specialiter dictum esset stipulationem hoc animo interponi. Neque vero aliter potuit. In his porro nihil immutavit Iustiniani constitutio, ut quæ in omnibus posterioribus stipulationibus nihil exigat præter hanc expressionem. Atqui quæ hic proponuntur a Iuliano posteriores stipulationes, quibus nihil agi dicit, omnes sunt eiusmodi, in quibus ea desint, propter quæ veteres novationem in re dubia admittebant. Si persona quæritur, hic idem promittit posteriore stipulatione, qui et priore promiserat. Ideo enim posterior stipulatio est inutilis, quia unus bis idem promittit. Quod si promitteret alius, nihil esset impedimento stipulationi. *d. L. qui bis*,

supr.

supr. eod. ita novæ personæ interventus non potest dici in his novationem facere. Si res quæritur, hic promittitur posteriore stipulatione non tantundem, sed pars et minus, et quidem sine ullius rei novæ adiectione. Quod cum fiebat, adeo non novabatur prior obligatio, ut ne tunc quidem novatio fieret, cum ab alio minus stipulati essemus. *d. L. eum qui ita*, §. *pen. supr.* Quæ si ita sunt, non modo non fuit alienum a iure vetere, et persona Iuliani in propositis stipulationibus exigere ad novationem, ut nominatim exprimeretur de novandi animo; sed etiam ex eo iure hoc unum restabat
6 Iuliano, quod diceret. † Notandum est autem sic esse verba exceptionis, ut referatur tantum ad eum, qui posteriore stipulatione nihil agit; seu quod idem est, ad eas tantum stipulationes posteriores, quibus nihil agi dixerat. Cum enim prius posuisset stipulatorem posteriore stipulatione nihil agere, ita subiecit, *nisi novandi animo hoc se facere specialiter expresserit.* Quod et extremis verbis confirmat, cum ex posteriore stipulatione novandi animo interposita exigi posse ait *iter*, *usum*, nec non *quinque*. Nam hæc tria erant, quæ posterioribus stipulationibus tribus promittebantur, quas prius inutiles esse dixerat. Itaque quod ait, *nisi in omnibus*, ad personam eius, de quo agitur, accommodandum est, et ita interpretandum; nisi is qui nihil agit, in omnibus his, in quibus nihil agit, et quæ sequuntur. Unde intelligimus has esse solum, in quibus exigat Iulianus ad novationem, ut nominatim novandi animo interponantur. Quid ergo iudicandum est de posteriore stipulatione, quam utilem esse diximus, quod accidit cum quis usumfructum stipulatur, deinde fundum, et in summa cum stipulatur prius partem, deinde totum? nempe quamcumque vim olim habuerint huiusmodi stipulationes ad priorem partis stipulationem novandam, id huic loco non adversari. Nam si placet his stipulationibus interpositis priorem novari iure vetere, quia priori aliquid adiiceretur, iuxta ea quæ traduntur in *d.* §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* dicemus id non negari hoc loco, quia exceptio, quæ, ut novandi animus exprimatur exigit, ad eas stipulationes non pertinet. Sin contra placet his stipulationibus priorem non novari, quia his aliud promittitur, non idem: eveniret in his quoque iure vetere, ut si has ad novationem prodesse vellemus, specialiter etiam novandi animo interponi oporteret. Quo etiam hic locus confirmatur, etsi quis ita acciperet exceptionem, ut ad omnes stipulationes posteriores, de quibus prius egit, referretur. Et certe si nobis constare volumus, cum dixerimus superioribus stipulationibus, quæ posteriores de toto concipiuntur, aliud continere, consequens est, ut his quoque priores etiam olim non novari solitas dicamus. Sed hæc ad huius loci defensionem dicta sunt. Utrum autem ex his sit verius, ad ius, quo utimur, nihil refert: cum hodie nulla stipulatio novet præcedentes, nisi in qua de animo novandi specialiter expressum fuerit. *d. L. ult. C. de novat.*

† His expositis, redeo ad id, quod Iu- 7
lianus initio significat usumfructum fundi partem videri, non esse; de quo illic plura non dixi, cum locus offerretur, ne hac tractatione iniecta interpellaretur cursus propositæ quæstionis, quæ non de usufructu Iuliano instituta est, sed de vi posterioris stipulationis. Ac ne nunc quidem plura dicerem contentus iis, quæ dixi ad L. *eum, qui ita*, §. *qui proprietatem*, *supr. eod.* nisi hæc ipsa sententia hoc loco repudiaretur a quibusdam. Adversus quorum dubitationem utile esse iudico veram sententiam cum huius loci, tum aliorum locorum confirmari. Bene Iulianus hoc loco eum, qui stipulatur usumfructum, deinde fundum, aut e converso, similem dicit esse ei, qui stipulatur partem, et totum. Est enim re vera similis ei; at non is certe, qui stipuletur partem, et totum. Ususfructus enim fundi pars non est. Quod cum manifestis locis, et perspicuis rationibus, atque omnium prope consensu confirmetur, miror ab ullo etiam in dubium revocari potuisse. Primum hoc diserte scriptum est a Papiniano in *L. Mævius.* §. *penult. supr.* de leg. 2. *ususfructus enim*, inquit, *etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet.* Sed multo etiam certiore ratione fit, ut fundi pars non sit, ac ne esse quidem possit. Nemo ignorat, cuius naturæ et conditionis totum est, eiusdem et partem esse oportere. Quidquid enim totum habet, id ut habeat accipit a partibus suis, ex quibus constat: ut si totum corporale est, necesse sit et partem esse corporalem: si incorporale, non possit pars esse, nisi incorporalis. At fundus corporalis res est, si modo iuris auctores omnes Latine et recte locuti sunt, quoties fundi vocabulum usurpant: præsertim si definitio fundi vera est, tradita in L. *locus*, *et L. fundi*, *infr. de ver. sig.* Sed cur huius rei probationem petimus longius, cum in divisione rerum inter res corporales primo loco exempli gratia recenseatur fundus?

dus? *L. 1. §. 1. supr. de rer. divis. Inst. de reb. cor. et inc.* Ususfructus autem omnium confessione res est incorporalis in iure consistens. Quod iisdem illis locis diserte traditum est, et *d. L. Mævius, §. pen. de leg.* 2. Quare ususfructus fundi pars esse non potest. Et sane neminem puto tam a vero alienum, ut si fundum rem corporalem esse concesserit, usumfructum autem rem incorporalem, negaturus sit recte colligi, usumfructum non esse partem fundi; Et fateor, qui id faceret, lectum a me, aut auditum esse neminem. Sed sunt, qui ideo usumfructum partem fundi esse dicant, quia prius statuant, fundi appellatione plenam proprietatem significari; fundum denique
8 esse nomen iuris. † Agnosco, si fundi appellatione significatur proprietas, eoque et fundus ius est, recte dici usumfructum esse fundi partem. Est enim omnino ususfructus plenæ proprietatis seu dominii pars, ut docui ad *L. eum, qui ita, §. qui proprietatem, supr. eod.* At quid est illud, fundum nomen iuris esse, idest, rei incorporalis, eoque significari proprietatem? Si de hoc verbo obscurus esset usus Latine loquentium, aut omnium auctorum iuris, minus mirarer de eius significatione aliquando dubitari. Nunc autem cum omnes sciamus, quid sit apud omnes fundus Tusculanus, fundus Conelianus, fundus Seianus: quid sit is fundus, per quem eatur, et qui dividatur in partes certis regionibus. *L. nam satis, supr. quib. mod. ser. am.* Cum præterea ex professo definiatur a nostris fundus ita, ut si videantur aliis in rebus dissentire definitiones; tamen inter omnes conveniat fundum esse prædium rusticum, esse agrum, integrum aliquid denique, cuius portio quævis sit locus: *d. L. locus, d. L. fundi, infr. de verb. signif.* Postremo, ut omittam cætera, cum instituta ex professo rerum divisione, quarum aliæ corporales sint, aliæ incorporales, diserte traditum sit fundum esse rem corporalem: *d. L. 1. §. 1. supr. de rerum divis. et Inst. de rer. corp. et inc.* hæc, inquam, cum ita esse videamus, quis non miretur esse, qui his contemptis, tamen fundum ius esse dicant, et rem incorporalem? nam profecto si ius est, incorporalem esse necesse est, ut in eadem rerum divisione traditur supra scriptis in locis. Hoc vero qui facit, is non iam de significatione verbi ambigua litigat; sed in definitione certa, et certo verbi usu semel omnes veteres inscitiæ condemnat, qui nesciverint ad unum omnes fundum corporis nomen non esse, sed iuris. Itaque eiusmodi est hæc sententia, ut non videatur magnopere refutatione indigere. Et tamen quia ab illis qui hoc dicunt, aliquid affertur, putavi quale id esset, nobis cognoscendum, ne forte et ipsi eadem specie decepti labamur. Quod quibusdam accidisse videmus non satis eruditis Lexicorum iuris interpolatoribus, qui ut alia fere omnia undecunque arrepta, ita hoc quoque sine iudicio in sua Lexica retulerunt. Fundum significare plenam proprietatem probant, quia in *L. eum, qui ita. §. pen. sup. eod.* traditur ei, qui stipulatus est fundum, deberi plenam proprietatem, et si promissor fundum solvat detracto usufructu, eum non liberari, sed usumfructum adhuc ab eo peti posse. Sed quodnam hoc genus sit collectionis, videamus. Qui fundum dare debet, tradere debet plenam proprietatem. Ergo fundus est proprietas. Quod perinde est, ac si quis ita ratiocinaretur: qui vestem dare debet, transferre debet plenam proprietatem vestis. Ergo vestis est proprietas. Et tamen quam hoc falsum sit, nemo non videt. Et vero vitiosissime colligitur. Cum enim quis promittit fundum, et quod idem est, se fundum daturum, in stipulatione duo versantur, fundus, et fundi datio. Qua parte fundus appellatur, non appellatur aut continetur proprietas. Nihil enim commune habet fundus cum proprietate: cum possit fundus esse natura, etiam si nemo eius sit dominus; et is cuius est aliquis dominus, possit apud aliquem esse sine proprietate, ut si precario ei datus sit, aut ab eo bona fide tantum possessus. Quod si quisquis appellasset fundum, diceret etiam proprietatem, consequens esset eum, qui promisisset solum se fundum traditurum, etiam hoc promittere se proprietatem traditurum. Quod aperte falsum est. Non ergo ut dixi, qua parte nominatur fundus in superiore stipulatione illic continetur proprietas. Unde igitur proprietas plena ex ea stipulatione? ex ea parte, qua reus se promisit daturum. Dare enim est dominium transferre. *§. sic itaque Inst. de act.* Non est autem dominium integrum detracto usufructu qui dominii pars est. Ergo ex stipulatione fundi debetur proprietas, non quia fundus est proprietas, sed quia una cum fundo etiam proprietas promissa est non verbo fundi, sed verbo dandi. † Fun- 9
dum nomen esse iuris probant ex *L. cogi, §. inde quæritur. inf. ad Treb.* nempe eo loco, non solum ex quo non rectius id colligitur, quam ex superiore; sed etiam qui præcipue adversus hanc sententiam facit. Nam cum esset quæstio posita, an posset quis rogari restituere hereditatem deducto

ære alieno, et Ulpianus negasset; rationem reddens subiicit hæc verba; *nec enim posse ex iure deduci quantitatem: non magis, quam si fundum quis deducto ære alieno, vel deductis legatis restituere sit rogatus.* Non potuit Ulpianus apertius ostendere fundum ius non esse, quam his verbis. Nam si fundus ius fuit, debuit de fundo subiicere exempli loco, ut diceret: nec enim posse ex iure deduci quantitatem: *veluti, si fundum quis*, et quæ sequuntur: non autem argumento fundi uti: quod non potest esse nisi nugatorum, si fundus ius est. Erit enim ratio eadem cum propositione. Propositio hæc est, non potest ex iure deduci quantitas. Ratio, quia non potest ex fundo, qui ius est, deduci. Atqui si incertum est, an possit quantitas deduci ex iure, eadem incertitudo est, an possit ex iure, quod est fundus. Imo idem per idem explicatur; quia et fundus ius est. Proinde si argumentum aliquid efficere volumus, intelligi oportet fundum aliam rem esse, quam ius, quam proprietatem. Sic autem si res habet; inest in supra scriptis verbis Ulpiani argumentum ex comparatione parium, ductum a rebus corporalibus et certis, ut fundo: estque huiusmodi. Ex fundo, qui certa specie continetur, et æs alienum in se non habet, deduci quantitas seu æs alienum non potest: cum prius sit, ut æs alienum sit in fundo, quam ut ex fundo deducatur. Atqui ius quod est incorporale, non magis ex ære alieno re alioqui corporali constat, quam fundos. Proinde nec ex iure, seu ex hereditate quæ ius est, deduci quantitas potest, non magis quam ex fundo. Maneat igitur, quod semper significationem, et rationem certam, atque etiam ius certum inter omnes habuit; fundum rem corporalem esse. Ideo fundum non esse proprietatem: sed tantum inter hæc interesse, quantum inter rem, quam obtinemus, et ius id, quo rem obtinemus. Usumfructum, cum sit res incorporalis in iure consistens, proprietatis et dominii partem esse posse; fundi nullo modo. Quia tamen fundum sequitur, qui dari debeat, ac sine eo fundus non videtur dari. Hoc amplius, quia si fundus datus sit detracto usufructu, ususfructus adhuc peti potest, ideo hactenus partis instar obtinere recte dici. *d. L. cum filius*, *§. dominus*, *supr. de leg.* 2. nam hæc omnia in vera fundi parte locum haberent.

Ad L. Quotiens in diem. 59.

Idem lib. LXXXVIII. *Digestorum.*

Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur: eius æstimationem eo tempore spectari oportet; quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit.

Ad L. Idem erit. 60.

Ulpianus lib. XX. *ad Edictum.*

Idem erit et si Capuæ certum olei pondo dari quis stipulatus sit. Nam eius temporis fit æstimatio, cum peti potest. Peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit

SUMMARIA.

1. *In olei, vini, frumenti, et similium mercium, quæ pondere, aut mensura constant, æstimatione, quæ tempora spectentur, et quod ius hac in parte a veteribus constitutum.*
2. *De tempore contractus.*
3. *De tempore moræ.*
4. *De tempore, quod litis contestationem sequitur.*
5. *De tempore condemnationis et rei iudicatæ.*
6. *Generaliterne et infinite statuendum, ut tempus omne, quo res plurimi fuerit post moram, spectetur.*
7. *In æstimatione rei certæ ineunda diversum esse quam in oleo, vino, frumento, et similibus mercibus generaliter et infinite promissis aut aliter debitis; et cur.* et n. 11.
8. *Definitio de tempore æstimationis hoc loco a Iuliano et Ulp. tradita.*
9. *Verbis Iureconsulti, Cum peti potest, quod tempus intelligatur, et an superior definitio generaliter ad omnia obligationum genera pertineat.*
10. *Duo tempora, diei scilicet solutioni adiecti, et litis contestatæ, in vini, olei etc. æstimatione a veteribus recte constituta, rationibus iuris demonstratur.*
12. *Vino aut oleo promisso, cur non de vino aut oleo, sed æstimatione præstanda agatur.*

CUM

1 CUM oleum, vinum, frumentum, et similes merces, quæ pondere aut mensura constant, ex stipulatu, aut alia caussa debentur; permagni refert in exsecutione obligationis, quo tempore ea præstentur, aut si non præstantur ipsa, ex quo tempore æstimentur. Quod enim experientia omnium sæculorum docet, constat istarum rerum pretia singulis pene temporibus mutari, et quidem ita, ut maxima interdum fiat accessio pretii, interdum de pretio plurimum decedat. Hæc res quæstionem peperit de æstimatione istarum rerum maxime, an quamvis earum genus exstet, et possit præstari; tamen æstimatio certi alicuius temporis præstanda sit; et si est, cuius temporis; eiusne, quod promissori videatur; an eius quod expediat creditori; an vero certi alicuius et constituti, quod uterque ex contrahentibus postulante altero sequi cogatur. De eo multis locis ius traditum legimus; præcipue autem, et velut ex professo in L. *vinum, supr. si cert. pet. et L. ult. supr. de cond. trit.* tum hac *L. quoties, et L. seq.* Sed habent hi loci has difficultates duas non exiguas. Unam, quod ita scripti sunt varie, ut pauci adhuc statuere potuerint, quid in hac quæstione sequi oporteret. Alteram, quod si quid in his maxime statui videtur, id eiusmodi est, ut manifestis regulis iuris, et æquitatis videatur adversari. Quare postulat huius loci definitio, ut de his dicamus. In quibus explicandis ero brevior, quia de omnibus, quæ in hac quæstione dubitationem facere videbantur, scripsi accuratius ad *L. vinum, supr. si cert. pet.* Et ex his duobus ante illud constituendum est, quodnam sit ius, quod in hac re putemus placuisse veteribus, ut prius iuris constitutio, quam constitutio ratio quæratur. Dicam breviter: cum de hac re tota dilucide scripta sit distinctio in *d. L. vinum, supr. si cert. pet. et d. L. ult. supr. de cond. trit.* et scripta ex professo non de una aliqua specie obligationis, ut huius loci definitio est, sed de genere toto tum earum quæ sunt in diem, tum cæterarum, quæ aut puræ sunt, aut sub conditione; sitque præterea non alius tantum auctoris, sed etiam eius ipsius, qui et definitionis propositæ auctor est, idest, Iuliani: nimirum ea est, quam in hoc genere audire et sequi debemus, et si quid in definitione huius loci ambigui est, id quod de specie scriptum est, ad regulam et sententiam superioris distinctionis revocare, ut explicetur. Sic ergo in illis locis traditum est. *Vinum, oleum, frumentum iudicio petitum est. Quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret. Placuit, si dictum esset, quo die dari deberet, tanti æstimandum, quanti tunc fuisset. Si de die nihil convenisset, quanti tunc, cum petitum esset*: idest, ut exponitur in dict. L. ult. de cond. trit. *quanti tunc, cum iudicium acciperetur.* Ut sit id, quod alibi apertius dicitur, tempus litis contestatæ esse spectandum. *L.* 3. §. *in hac actione, supr. com.* Hac distinctione aperte duo tempora certa constituuntur, quæ spectemus, cum de vini, olei, et similium rerum æstimatione facienda agitur, dies solutioni dictus, et nullo die constituto tempus litis contestatæ. Hæc quomodo accipimus? perspicuum est cum unum ex his spectandum esse dicitur, cætera omnia excludi, sive quæ antecedunt, sive quæ sequuntur. Exempli gratia, qui litis contestatæ tempus spectandum esse dicit, et ex eo rem æstimandam, is negat tempus contractus esse spectandum, quod antecessit; negat tempus, quo ante mora facta est; negat spectandum rei iudicatæ tempus, negat intermedia omnia esse spectanda. Et vice versa si quis unum ex his posterioribus spectandum esse dicat, is eadem opera neget spectandum tempus litis contestatæ: quoniam fieri non potest, ut unum spectetur et simul spectetur aliud, ubi eorum temporum æstimatio est diversa; nisi forte recipimus, ut una æstimatio, quæ ab eodem eiusdem rei nomine præstetur, minor et maior simul esse intelligatur. Ita necesse est, quæcunque tempora alia ab illis duobus spectanda esse diximus, tot esse, quæ superiori distinctioni adversentur, eamque infirment. Hic ergo se difficultas illa aperit, quam supra dixi: non enim unum aliquod tempus aliud aliis locis spectandum esse dicitur, sed quotcunque sunt alia tempora diversa, hæc prope omnia aliis locis statui videntur; neque id consentienter, ut cum una forte sententia contraria sibi quis rem esse putet; sed locis inter se ita, ut videtur, repugnantibus, ut non maior sit illis cum *L. vinum*, quam ipsis inter se contentio. Propterea quod quæ sunt tempora diversa, ea singula iubentur spectari singulis locis, illo unum, altero alterum, tertio aliud, et ita deinceps. Sunt, quibus videtur effici spectandum esse tempus, quo obligatio contrahitur: quibusdam revocatur res ad tempus moræ: quibusdam ad id tempus, quod litem contestatam sequitur, si tum pluris res fuit: nonnullis ad tempus condemnationis et rei iudicatæ. Sunt et alii, qui repudiatis omnibus aliis certis temporibus, quæ et hic

hic et alibi spectari iubentur, generaliter et infinite statuant omne tempus spectandum, quo res plurimi fuerit post moram. Ego autem ad *L. vinum*, collectis ordine omnibus aliis temporibus conatus sum ostendere nullum esse, quod in caussa olei, vini, et similium rerum spectandum esse ullo loco iuberetur, ut superioribus omnibus remotis necesse sit sola duo illa relinqui, quæ ex supra scripta distinctione sequenda esse diximus. Quod an effecerim, disputatio ipsa probabit. Mihi quidem bonis et dilucidis rationibus expedivisse videor. Etsi autem feci pluribus, et diligentius, ut in re controversa fuit necesse: tamen ut loci ipsi obiectionis noti sint, simul et quid ad defensionem respondeamus, capita ipsa breviter attingam: quando et ea hunc ipsum locum, in quo ver-
2 samur, non minus attingunt. † Aio cum de æstimatione rei promissæ quæritur, in universum non esse spectandam æstimationem eius temporis, quo res contracta est. In quo facilior est eorum locorum explicatio, qui in contrariam sententiam proferri possunt. Nihil enim admodum videntur ad rem pertinere. Traditum est in *L. cum quid, supra, si cer. pet.* vinum quod mutuo datum est, reddendum esse eadem bonitate, id est, ea, quæ fuit, cum datum est. Sed non ideo vinum eadem æstimatione reddendum esse dixeris; aliud est enim bonitas rei, aliud æstimatio. Illa in re est natura, hæc extra rem, nasciturque non tam ex bonitate et qualitate rei, quam ex huiusmodi rerum copia aut inopia. Stipulatus quis est fundum, deinde quanti is fundus est. Placet ex posteriore stipulatione tanti fundum æstimari, quanti fuit tunc, cum in eam stipulationem deductus est. L. *fundum, infra, de novat.* Nempe quia æstimatio præsens illius temporis nominatim in stipulatum venit. Dictum est enim non quanti fundus fuit, aut postea futurus est; sed quanti est, id est, quanti nunc cum a te stipulor. Quod cum ita convenisse constet, id sequimur, neque adversus voluntatem certam quærimus coniectutas. *L. semper in stipulationibus, infra, de regulis iur. L. continuus, §. cum ita, infra eod.* Nos de ea obligatione agimus, in quam non æstimatio rei aperte deducta sit, sed res ipsa; de cuius æstimatione præstanda propter nonnullas caussas, et maxime propter debitoris moram postea agatur. Hic destituti aperta voluntate, de tempore quod hic spectari oporteat, nihil aliud habemus, quod sequamur, quam ut spectetur id, de quo verisimile est sensisse contrahentes. *d. L. semper in de reg. iur.* id autem est aut dies solutioni adiectus, aut tempus litis contestatæ, ut postea dicemus. Scriptum est in *L. cum quis, supr. prox. titu.* his verbis; *cum quis in diem mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis æstimatio spectanda est, quo satis acceperit.* Ergo eius, dixerit aliquis, quo primum cum fideiussore contraxit, non autem eius diei, in quem obligatio dilata est. Non ita est. Hæc enim verba, *quo satis aceperit*, ambigua sunt, utrumque tempus exprimentia, et quo fideiussor primum stipulanti fidem suam interponit, et illud quo pecunia solvi debet; quomodo et aliquo loco contractum intelligitur, non si eo loco negotium gestum sit, sed si eo solvenda sit pecunia. *L. 3. supr. de reb. auc. iud. pos.* Hoc posterius tempus in responso superiore accipere debemus: quia vitio caret iuxta *L. in ambigua, supr. de legi.* alioqui si fideiussor ante diem acceptus tenebitur in æstimationem eius temporis, quo intervenit, et minor erit æstimatio eius temporis, quo merx debuit solvi, in quam solam reus tenetur, eveniet, ut fideiussor in duriorem causam sit obligatus: quod ius non sinit. *L. græce. §. illud, infr. de fid.* Eodemque modo interpretandum est, etsi postquam dies venisset, fideiussor intercessit. Nam ne tunc quidem id tempus spectandum est, quo intercessit, sed quo ex satisdatione solvere debuit. Is autem est dies, quo et reus debuit. Fideiussor enim in eandem causam est acceptus. Alioqui et idem periculum, quod supra, metuemus. Eodem modo et illud accipio, quod in L. 3. *§. ult. supr. de act. em.* scribitur in verbis; *si per venditorem vini mora fuerit, quominus vinum traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Quo venit*, idest, quo ex venditione tradi debuit, ut ibidem locus quo vinum venit, manifeste is dicitur, quo vinum debuit præstari. Etiam *L. quoties, et sequens*, quas interpretamur, eius temporis quo stipulatio interposita est, æstimationem spectari debere significare videntur in obligationibus quæ neque diem habeant, neque conditionem. Generalis enim definitio est in L. *idem, seq.* eius temporis fieri æstimationem, cum peti potest. Atqui in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur, et peti potest. L. *eum, qui Calendis, §. ult. sup. eod. §. omnis, Inst. eod.* Ita superiori definitioni consequens est eius temporis æstimationem fieri debere. Et diffici-

ficile est negare hanc esse sententiam huius definitionis, si hæc verba cum *peti potest*, hoc significant, cum primum peti potest. Verum non hæc eorum significatio est: sed de eo paulo post plura. Putavi enim quia locus se offert, melius esse et de eo separatim dicere, quod faciat ad totius loci interpretationem. Hæc de tempore contractus. De quo video inter omnes convenire, nunquam esse spectandum, ut res ex eo solo æstimetur.

3 † Plus dubitationis habet tempus moræ; sed nihilo magis probandum est huius temporis æstimationem esse spectandam, cum de olei, vini, frumenti et similium rerum æstimatione agetur, de qua nunc quærimus, atque his locis definitio constituta est. Scriptum est in *L.* 3. *supr. de cond. trit.* ad tempus moræ redigendam esse æstimationem. Sed observemus dictum hoc esse de re certa debita, quæ perire potuit, et deterior fieri. In hoc genere recte dicitur cum res post moram æstimanda est, postulante actore tanti æstimari debere, quanti tunc fuit, cum mora facta est: ad oleum, vinum, frumentum, et res similes non pertinet. Non enim in his illius temporis vinum, aut oleum debebatur, ut fit re certa promissa, quæ cum omnibus temporibus una eademque sit, non potest, quin debeatur omnibus temporibus, ac propter rem singulorum temporum æstimatio, si forte usus veniat; ut pro re æstimatio sit præstanda. Sed quid inter istas res, et corpus certum intersit, plura dicentur paulo post commodius, cum iuris a veteribus in hac re constituti ratio exquiretur. At enim cum vinum aut oleum promissum est, spectaturæ stimatio eius temporis, quo ut solveretur, dictum est, et nisi eo die solutum sit, constat moram fieri. *L. magnam*, *C. de cont. et com. stip.* Non est hoc argumentum, tempus quodvis moræ in his esse spectandum. Non enim ideo spectatur æstimatio eius temporis, quo vinum et oleum solvi debent, quia eo die exacto mora fiat; sed quia convenit, ut eius temporis vinum aut oleum præstaretur; nam et litem contestando promissor moram facit. *L. nemo*, §. 1. *infr. eod.* Neque tamen propter moram spectatur id tempus, sed quia sic agitur iudicio, ut vinum eo tempore solvatur. Quod si propter moram hæc tempora spectanda esse vellet Iulianus, fuit ineptissimus, si cum posset aperte et uno verbo dicere, tempus moræ spectari oportere, maluit pluribus verbis erroris tantum obiiciendi caussa dicere, diem dictum esse spectandum, et tempus litis contestatæ. Ineptior, si putavit his duobus temporibus cætera quibus mora fit, contineri, cum sint alia innumera. Nam quod in *L. vinum*, generaliter definit, vinum æstimandum esse, quanti tunc fuisset, cum petitum esset, ridiculum est, si quis cum Accursio ita interpretetur, ut sit, petitum esset quovis modo etiam extra iudicium; nam de tempore litis contestatæ quæstionem posuerat. Proinde et de eo respondet petendi verbo, quod proprie de ea petitione quæ iudicio fit, usurpatur. L. *amplius*, *infr. rem ratam hab.* ineptissimus, si id de quo consultus erat, omittens, de eo de quo non erat interrogatus, respondeat. Tum autem refertur ab eo nominatim Sabini et Cassii sententia; quam fuisse hanc scimus, ut si de die nihil convenisset, æstimaretur lis tanti, quanti fuisset tunc, cum iudicium acciperetur. Sic enim apertius refertur in L. *ult. sup. de cond. trit.* Ne illud quidem ad rem pertinet, quod in L. 3. §. *ult. supr. de act. em.* in vino vendito ita scribitur, *si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Condemnatur venditor in vini æstimationem, quia moram fecit: nam aliter æstimationem non deberet. Sed non ideo condemnatur in æstimationem eius temporis. Quod ex eodem responso apparet, in quo alia tempora designantur, quæ spectemus. Quid ergo, si quo tempore interpellatus debitor moram fecit, vinum, aut oleum fuit plurimi, deinde imminuta æstimatione petatur; non æstimabitur quanti tunc fuit, cum mora facta est? nempe hoc dicimus non æstimari, sed solum quanti fuit tunc, cum iudicium acceptum est. Iniquum, dixerit aliquis, et contra regulas iuris, quibus efficitur unicuique moram suam nocere debere, nulli prodesse. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur. L. hominem, in fin. supr. mand.* Sed de eo quam recte hæc constituta sint, videbimus postea suo ordine. Nunc hoc quærimus, quid veteribus de hac re constitutum esse probetur ex iis, quæ in Pandectis nobis relicta sunt. Constet igitur si de uno tempore agatur, nusquam id tempus, quo a debitore petitum est extra iudicium, et quo interpellatus moram fecit, ita in his mercibus, de quibus nunc agimus, a veteribus proponi, ut ad id dicant æstimationem referendam. † Quid tempus, quod 4
litis contestationem sequitur, nonne id saltem spectandum esse dicemus, si per id tempus vinum pluris fuerit? placet enim post litem contestatam, omnem caussam præ-

præstandam esse; idest, id omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempus res soluta esset. *L. cum fundus, supr. si cert. pet.* Diceremus hoc tempus spectandum in vino et similibus mercibus generaliter debitis, si certum esset actorem vinum suo tempore acceptum asservaturum fuisse, et recte asservaturum, ut occasione deinde oblata tanti posset vendere, quanti sequentibus temporibus fuit. Sed id certum non est. Proinde in numero earum rerum, quas actor vino soluto habiturus esset, id pretium haberi non de-
5 bet. † Condemnationis tempus sequitur, seu rei iudicatæ. Et quibusdam locis testatum est, in strictis iudiciis, quale est mutuum, de quo agitur in *L. vinum, supr. si cert. pet.* qualis stipulatio, de qua hoc loco, rei iudicatæ tempus non spectari, sed solum litis contestatæ: ut L. 3. §. *in hac, supr. com.* Fateor id non esse perpetuum in rebus omnibus debitis. Verum est enim quod dicitur in *L. 3. supr. de cond. trit.* condemnationis tempus spectandum esse, cum res certa petita est, quæ tempore rei iudicandæ non sit facta deterior, cuius tamen æstimatio ob aliquas caussas præstanda sit: ut quia non sit in potestate promissoris. Et sane quod Ulpianus in *dict. L. 3. §. in hac, com.* ita scribit, *In hac* commodati *actione sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicatæ tempus quanti res sit observari, quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur*: hoc, *quamvis spectetur*, non generaliter dictum est, sed per concessionem. Quasi diceret, quamvis quis dederit agi in commodato de iis rebus, de quibus in strictis iudiciis litis contestatæ tempus quanti sint, spectetur: tamen nihilominus in hac actione in his ipsis rebus observabitur rei iudicandæ tempus, cum in litem iurabitur. Finge oleum, vinum, frumentum commodato alicui ad pompam et ostentationem data esse, ut fieri posse idem Ulpianus testatur in *d. L. 3. §. ult. supr. com.* Sed cum concessero dictum illud Ulpiani de strictorum iudiciorum æstimatione non esse perpetuum (non enim ad res certas semper pertinet) tamen hoc tenebo esse verissimum, ubi in strictis iudiciis de olei, vini, et similium mercium æstimatione ageretur, de qua nunc quærimus. Neque reperietur de his aliter veteribus placuisse. Nec obstat, quod in rebus certis aliud constitutum est. Iam enim dixi exemplum rerum certarum ad eas res, de quibus agimus, quæ incertæ et nullius temporis propriæ promissæ sunt, transferri non debere. De quo postea. Sed de strictis iudiciis, inquam, hoc dictum est, in his æstimationem vini, et olei spectandam esse ex tempore litis contestatæ quod si quis idem esse neget in bonæ fidei iudiciis, tamen superiori distinctioni Sabini et Iuliani, quæ de mutuo scripta est, non adversetur. Ego autem puto, si æquum est in strictis iudiciis tempus litis contestatæ spectari, eandem regulam æstimationis et in bonæ fidei iudiciis servari oportere. Et quidem *L. ult. supr. de cond. trit.* generaliter scripta est de merce aliqua petita, veluti vino, oleo, frumento; neque distiguitur, quo iudicio petita sit, et tamen eadem plane distinctio adhibetur, quæ refertur in *d. L. vinum.* Ibi vero pluribus ostendi, cur me non moverent ii loci, in quibus hoc exprimi videtur, in bonæ fidei iudiciis etiam in vino æstimando rei iudicandæ tempus spectari. Hi duo sunt: *d. L. 3. §. in hac, com.* quem supra retuli, *et L. 3. §. ult. supr. de act. em.* ubi scriptum est. *Vino vendito, non tradito venditorem oportere condemnari, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* De quibus hoc est in summa quod respondi. In priore animadvertendum esse, non simpliciter dici in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus observari; sed coniunctim, in litem iurari, et rei iudicatæ tempus, quanti res sit, observari: ut sit sensus, cum in litem iurabitur, quod fit tempore rei iudicandæ, præsens tempus quo iuratur, spectandum esse. Quod recte dicitur ob eas causas, quas illic reddidi: neque ideo tamen idem probandum est, ubi de vera rei æstimatione agetur. In posteriore autem loco illa verba, *quo lis in condemnationem deducitur*, docui sic esse interpretanda, non quo reus condemnatur, aut quo lis ad condemnationem pervenit, sed quo lis contestatur, et per contestationem deducitur in eam petitionem, ut condemnetur: nam et ita usum esse, ac significationem horum verborum etiam alibi, ut in *L. 1. supr. de excep.* et sequentibus verbis eiusdem loci satis declarari. Quibus Pomponius cum tempore æstimationis locum, ubi res æstimetur, comparans ita subiicit continenter, *item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.* Atque hæc de certis temporibus dicta sunt, quæ sola spectari velimus, sive his res plurimi fuerit, sive minimi: de quibus apud vulgares interpretes etiam illud video non dubitari, quin nulla sint eiusmodi spectanda. † At quid, si di- 6
camus neque hæc neque illa certo et præ-

fra-

fracte spectari debere, sed generaliter, et infinite omnia, quibuscunque rem plurimi fuisse ex tempore moræ constabit? et hæc Bartolus et alii vulgo probant etiam in vino et oleo debitis, neque adeo dubitant eam sententiam esse affirmare *d. L. vinum.* Ergo autem illic planum feci, hoc unum esse, quod minime probandum sit ex omnibus, tantumque abesse, ut conveniat ea sententia illi loco, ut si quod afferri vellemus, quod faceret ad illius loci reprehensionem, et irrisionem, non aliud excogitari potuerit convenientius. Ex multis argumentis unum atque alterum breviter proferam. Iulianus certa tempora æstimanda esse dicit, diem constitutum, aut nullo die constituto tempus litis contestatæ. Isti negant æstimanda, si res his temporibus non fuit plurimi. Iulianus hæc cum spectari oportere dicit, simul ea, quæ antecedunt, aut sequuntur, spectanda esse negat; quia si diversam æstimationem habent, simul plus uno spectari non possit. Isti volunt cætera spectari et ante litem contestatam, et post litem contestatam: prout his post moram res plurimi fuerit. Mitto ineptiam et stultitiam scriptoris, quam in ista interpretatione Iuliano affingere necesse erit, quod cum dicere deberet uno verbo tempus moræ spectandum, et in eo quanti plurimi res fuit: prius multorum temporum enumeratione exprimere voluerit, neque tamen hoc modo sit assecutus, ut exprimeret: posterius autem ne attigerit quidem, sed nobis in eo quid vellet, divinandum reliquerit. Censeo igitur, ut illos hoc loco cum sua interpretatione plurimum valere iubeamus. Defendunt tamen istam sententiam et æquitatis ratione; et quibusdam locis, quibus de æstimatione rei certæ petitæ scriptum est. Æquitas aiunt, hoc suadet, quod et regula iuris comprehensum est, et iam supra attigimus, unicuique moram suam nocere debere. *L. in condemnatione,* §. *unicuique, infr. de regu. iur.* De re autem petita, quæ post moram debitoris aut periit, aut deterior facta est, multis locis cautum est in illam ipsam sententiam, quam defendunt. Si res furtiva condicatur, et quæratur, cuius temporis fiat æstimatio scriptum est in L. *in re furtiva,* §. 1. *supr. de cond. fur.* id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: addita hac ratione, quia semper moram fur facere videatur. Eadem sententia generalis statuitur in *L.* 3. *supr. de cond. trit.* de rebus omnibus, quæ ex alia quavis caussa debeantur. Et ne videatur novum, quod illud, quod dicitur in *L. vinum, et* similibus locis, tempus litis contestatæ spectari, sic accipiunt, nisi debitor moram ante fecerit, ne illi frustratio sua prosit: id recte a se fieri probant ex *L. hominem supr. mand.* ubi Africanus cum prius posuisset in stipulatione id tempus spectari, quo agitur, hanc ipsam exceptionem statim subiecit; *nisi forte*, inquit, *aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Ego ad hæc breviter: neque æquitatem eam, quam ex mora obiiciunt, neque superiores locos ad eam speciem, de qua agimus, quidquam pertinere. Sed de æquitate postea, quod ad omnes partes huius disputationis satis sit, separatim, ut est propositum, dicetur. † De supra scriptis locis iam dixi, et iterum etiam atque etiam monendi sumus, quod in illis 7
traditur, si res debita post moram periit, aut facta est deterior, tanti rem æstimandam, quanti unquam plurimi fuit, manifeste in re certa petita dictum esse: diligenter cavendum esse, ne quod de certæ rei æstimatione ineunda scriptum est, id ad oleum, vinum, frumentum, et similes merces generaliter et infinite promissas, aut aliter debitas transferatur. Cur ita placeat, cum pertineat ad eandem defensionem æquitatis, de qua dixi, ad eundem locum a me referetur. Nunc, quod datur, accipio, scripta hæc esse in dissimili genere rerum, nempe certarum, et incertarum, et quæ nullius temporis propriæ dici possint, nisi de quo actum est. Eo mirum non esse, si cum in uno ex his aliquid constitutum fuerit, constituatur diversum in altero. Et sane cum appareat in diversis istis generibus rerum, tam diversas distinctiones de temporibus earum æstimandarum ex professo usurpatas esse a veteribus, et quidem ab iisdem auctoribus; vel hoc unum satis argumenti esse poterat, illis in utroque isto genere diversum placuisse. Alioqui nihil erat facilius, quam in rebus certis sequi distinctionem a Sabino et Cassio traditam in vini, olei, et similium rerum æstimatione; utpote receptam ab aliis, et fere pervulgatam: aut contra in his posterioribus eandem regulam adhibere, quam in certis esse diximus repudiata superiore Sabini et Cassii sententia. Restat, ut remotis aliis omnibus, quæ obstare videbantur, de hoc ipso loco, cuius interpretandi caussa hæc oratio suscepta est, separatim cognoscamus. Idque eo magis, quod singu-

la-

larem quandam definitionem in hoc genere, atque adeo superioribus, velut ex
8 professo contrariam videtur continere. † Definitio hæc est: quoties in diem, vel sub conditione oleum promissum est, eius æstimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest. Quibus verbis continetur illa generalis, quæ et sequenti capite expressa est: oleo promisso eius temporis fit æstimatio, cum peti potest. Nam utrobique cum ratio in eo sit, quod peti potest, nisi ea generalis est, et ad omnes species obligationis pertinet, nihil ex ea potest concludi. Audiemus enim continuo nullum hoc argumentum esse, quod res peti potest: cum et in puris obligationibus statim possit peti, neque ideo in his spectetur id tempus, quo nondum mora facta est. Deinde recte dicetur, quibus in caussis eadem ratio sit, in his ius idem statui debere. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Ergo et in obligationibus in diem dies spectabitur; et in obligationibus, quæ sub conditione contractæ sunt, id tempus, quo conditio exsistit; et in puris tempus contractus: nam in his posterioribus contracta obligatione statim agi
9 potest. §. *omnis, Inst. eod.* † Nova, ut dixi, definitio, si quidem in ea accipitur id tempus, quo primum peti potest; nec tantum ab aliis superioribus discrepans, qua parte puras obligationes et conditionales attingit (nam die adiecto congruit) sed etiam illis plane contraria. Nam quod ad puras obligationes attinet, consentiunt omnes loci superiores, atque adeo interpretes omnes in hanc sententiam, cum de æstimatione rei debitæ agitur, unquam eius æstimationem spectari oportere ex tempore contractus, quo nondum mora facta sit; sed aut ex tempore moræ statim, aut certe non ante, quam reus in mora esse cœperit. Neque hic simplex dissensio est, cum novum tempus in hac caussa inducitur aliis locis repudiatum; sed congeminatur repugnantia in eo, quod cum dicitur spectari oportere tempus contractus, eadem opera negatur spectandum esse tempus aliis locis tam aperte constitutum, litis contestatæ, si forte postea iudicio actum fuerit. Neque enim, ut supra dixi, fieri potest, ut si eorum æstimatio diversa est, utriusque æstimatio simul spectetur. Quod si quis contendat, quod hic dicitur de tempore, quo peti potest, non pertinere ad obligationes puras, quia prima definitio de stipulationibus in diem aut sub conditione compositis concepta sit: tamen nihil admodum proficiet. Sed incurrit res illi eandem difficultatem ex eo, quod in stipulatione conditionali placet hoc ipsum tempus oportere spectari, cum peti potest, seu cum dies venit, et conditio exstitit. Erramus enim si in hoc tempore ullum putamus designari ex iis, quæ supra diximus, aut etiam ex iis, quæ recipiuntur vulgari opinione interpretum. Diem dictum statuunt veteres, ex quo æstimationem spectemus, et ubi nullus dies dictus est, tempus litis contestatæ. *d. L. vinum, si cer. pet. d. L. ult. de con. trit.* Vulgus interpretum moram spectari vult, et ex ea existimari, quanti plurimi unquam postea res fuerit. At in eo tempore, quo conditio exsistit, nullum ex istis tribus inesse reperiemus. Iam primum id tempus non est is dies, de quo sentiunt veteres, cum huius æstimationem spectandam esse statuunt. Hunc enim dicunt, qui solutioni nominatim dictus est, seu de quo convenit, ut pecunia solveretur, ut patet ex *d. L. vinum, et d. L. ult. de con. trit.* conditio autem obligationi adiicitur, non solutioni. Adiicitur enim eo, ut hinc pendeant, non quando solvatur pecunia, sed an omnino debeatur: cum dies adiiciatur obligationi iam constitutæ, ut sit is dies, quo pecunia iam ante debita solvatur. §. *in diem, et §. sub conditione, Inst. eod.* Tempus vero existentis conditionis non esse tempus litis contestatæ quis ignorat? Sed erunt fortasse, qui eo tempore moram fieri existiment, et propter moram cum vulgo interpretum putent huius temporis habendam rationem. Quod ego satis refelli in commentario de mora, ne quis forte huius loci argumento ductus, ad sententiam illam vulgarem de æstimatione ex tempore moræ statuenda transfugiat. Sane in obligatione in diem, qui sua die non solvit, moram facit citra aliam interpellationem. *L. hominem, in fin. supr. mand.* et in obligatione sub conditione contracta dies inest. Sed inest incertus, nempe cum conditio extiterit. *L. si Titio, supr. quan. di. le. ce.* inter certam autem incertamque diem ut aliis in rebus, sic in hac multum interest. Etenim cum obligatio in diem est, idest, cum fit adiecto die, quo pecunia solvatur, iam ab initio denunciat debitori creditor se sibi eo die solvi velle; quæ denunciatio manifestam creditoris interpellationem habet. Reus autem et se in eam diem ad solutionem comparare potest, quia fuit dies certus; et debet se comparare, quia iam a principio se debere scivit, etsi solutio differebatur. Quibus rebus fit, ut manifesta sit eius culpa, si sua die non solvit. Quamobrem et moram eum facere merito pla-

placuit. L. *magnam*, *C de cont. et com. stip.* Nihil simile in obligatione sub conditione contracta. Primum nullo die hic adiecto quo pecunia solvatur, non potest dici denunciari reo, ut eo die solvat. Deinde etsi conditionem quis pro die esse velit; tamen non possit antea se facile comparare reus, ubi dies sit incertus, et de quo ille divinare nihil possit; multoque minus iuste exigatur ab eo ut ante se comparet, cum incertum fuerit, an dies venturus esset, eoque an promissor ullo modo esset debiturus. Et quid, si quo tempore existit conditio, aut rem in potestate reus non habeat sine dolo malo suo, aut etiam conditionem extitisse ignoret, idest, se debere? omnino in quo horum alterutrum est, eum moram non facere convenit. *L. quod te*, *supr. si cert. pet.* Quapropter ut dixi, ne in conditionali quidem stipulatione cum dicitur spectandum id tempus, quo dies obligationis venit, seu cum peti potest, his verbis ullum tempus statuitur ex iis, non dico quæ veteribus placuisse supra ostendimus, sed etiam quæ interpretes ipsi omnes agnoscant. Novum igitur id tempus hoc loco introducatur, necesse est: quod inductum nihilo sane minus novum videri debeat, quam si in pura stipulatione idem illud tempus dicatur statui, cum peti potest. Hoc autem utrobique constituto, simul etiam utrobique et illud removetur litis contestatæ tempus, tot locis tamen et tam manifestis a veteribus constitutum. Ut profecto non magis priora illa huic definitioni adversentur, quam hac definitione recepta superiora concidant; si ut dixi, hæc verba, *cum peti* potest, sic accipimus, cum primum peti *potest.* Atqui hoc omnes, ut puto, sic acceperunt; et sane non videntur hæc verba *quo dies obligationis venit*, aliter accipi posse, quam ut his significetur is dies, qui solutioni dictus est, aut quo conditio exstitit; atque hoc die primum agi posse incipit. Quod et ego olim *in Commentario de mora* secutus, dum melius non occurrit, itaque pro certo habens id tempus hoc loco statui, omissa alia diligentiore inquisitione tanquam in re explorata rationem, cur id placeret, reddere sum conatus. Fuit autem hæc, ut quia in iis rebus, quæ functionem in suo genere recipiunt, ut loquitur Paulus in *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* veluti oleo, vino, frumento, de quibus agimus, nihil admodum refert, utrum res ipsa promissa præstetur, an æstimatio, utpote qua accepta facile alias res eiusdem generis, et bonitatis eadem æstimatione ex foro petere possimus: idcirco his rebus promissis videatur ipsa æstimatio rerum pro utilitate contrahentium in obligationem venisse; in puris quidem statim a principio, quo res contracta est; in aliis autem, quæ in diem sunt, aut sub conditione, tunc, cum dies obligationis venerit. Qua ratione nihil ne nunc quidem putem melius, si quidem constaret hunc locum de eo tempore, quo primum peti potest, esse accipiendum. In quod non inquisivi tum diligentius, quia de interpretatione eius loci ex professo non agebatur; tantumque satis erat ostendere non probari hoc loco eventu ipso conditionis moram fieri. Quod superiore ratione efficiebatur. Sed male se res habet in interpretatione iuris, cum in uno loco sic hæremus, ut aliorum ad eandem quæstionem pertinentium sententiam negligamus: cum ex omnibus coniunctis efficiatur, quod tenere oporteat. Atqui si velimus oleo, aut vino promisso spectari tempus contractus, aut aliud quo peti potest, quo tamen nondum mora facta sit; quamcunque reddiderimus huius rei rationem, tanto citius incurret hæc sententia, et ratio ipsa in reprehensionem *L. vinum*, *si cert. pet.* et similium locorum. In quibus utrumque illud negari supra ostendimus. Ego igitur re maturius expensa, in qua quid maxime consentanee veterum sententiis dici possit, ut in quæstione omnium iudiciis maxime obscura, ac perplexa iam pridem tacitus et quotidie discens aliquid, observo, libenter repudio priorem illam sententiam, et falsam esse sentio, quam non dubium est refelli in *d. L. vinum.* Ac de interpretatione horum locorum ita statuendum esse iudico, ut non ex hoc loco, qui non aperte de toto genere scriptus est, in dubium vocemus distinctionem apertissime et ex professo traditam in *d. L. vinum*, et tot locis aliis diserte confirmatam; sed contra ut ex ea certitudine quæ datur, sumamus id potius, quo si quid est in definitione proposita ambigui, explicetur, et ad illam distinctionem revocetur, si potest, ut initio monui faciendum. Est vero in verbis propositæ definitionis, quo id recte fieri posse existimo, etiam si tenuerimus neque conditionis eventu moram fieri, quod nobis in illa tractatione de mora propositum fuit ostendere, et verum est; neque adeo hic ulla nova interpellatione moram factam: quod hic evenisse, cum de eo nihil adiiciatur, nisi inepte divinare non possumus. Aio hæc verba, *cum peti potest*, quibus et Iulianus et Ulpianus his locis utuntur, non significare cum primum peti potest, quibus verbis unum tantum et certum tempus continetur, nempe primum: sed infinite tempus quo peti potest; ut sit non quodvis, non etiam hoc aut illud, sed in genere id quo peti

potest

potest, non aliud, quo peti non potest. Sed et illa verba Iuliani, *eo tempore*, *quo dies obligationis venit*, eandem admittunt interpretationem, ut his intelligatur indefinite tempus aliquod, quo peti potest, sive erit primum, quo agi posse cœpit, sive unum aliquod ex iis, quæ insequuntur. Etsi enim dies venire is solum dicitur, quo primum deberi utiliter incipit: tamen is ipse dies venisse in præteritum recte dicetur omnibus etiam aliis temporibus, quibus agi potest: utputa, si Calendis dare debuisti, et post Calendas tres anni toti præterierint; recte dicam nihilominus nunc me tecum agere posse, quia dies venerit, quo pecunia peti possit. Venit enim iam olim, et omnibus temporibus verum erit venisse, etiam si nunc primum eo die, quo agitur, non venerit. Hoc si accipimus, res est expedita. Etenim si de eo quæritur, an in oleo æstimando tempus aliquod spectandum sit, quo peti potest, potius quam id quo non potest: verissimum est id esse spectandum, *quo peti potest.* Neque id pugnabit cum iis locis, in quibus ex iis temporibus quibus peti potest, certa aliqua designatur. Quæcunque enim tempora constituentur postea, semper verum erit, id spectari, quo peti potest, et quo dies obligationis venit. Hanc vero quæstionem et sententiam esse huius loci apparet. Agitur enim de stipulatione olei in diem, aut sub conditione contracta. Quæritur an olei æstimationem spectari oporteat ex eo tempore, quod diem certum, aut incertum antecessit. Negat Iulianus, et generaliter definit, si quod tempus spectandum sit, id esse spectandum, quo dies obligationis venit: quia eo die peti potest. Significans iniquum esse id spectari, quo nondum peti potuit. Ad quod probandum accommodata est ratio, quæ sequitur. *Alioqui*, inquit, *rei captio erit.* Cuius hic est sensus; alioqui reus decipietur, seu fraudabitur, et damnum sentiet: id est, evenire poterit, ut sentiat, ut bene Accursius interpretatur. Neque enim semper evenit. Finge oleum prius quam dies venisset, pluris fuisse, idque quo pluris fuit, quam nunc, cum dies venit, cogi reum præstare. Aperte fraudabitur, commodo medii temporis, quod illi ad solutionem liberum fuerat constitutum. *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr. eod. L. quod certa*, infr. de sol. *Alioqui*, valet idem ac si diceretur, quod si alio tempore æstimationem spectabimus. Unde facile intellectu est verbum, *alias*, quod sequitur in Pandectis Florentinis redundare, et tanquam spurium, aut quod ex annotatione interpretis in contextum irrepserit, esse reiiciendum. Non enim id aliud significat, quam alio tempore: quæ verba iam satis in verbo *alioqui* includebantur. Sed hoc eo magis probandum est, quod in iisdem Pandectis semicirculis tanquam alienum, aut suspectum includitur; et apparet ab Accursio lectum non fuisse, qui cætera persecutus nullam huius verbi mentionem fecit. Sed redeo ad sententiam definitionis. Ergo, ut dixi, hoc statuit Iulianus in obligationibus in diem aut sub conditione contractis, æstimationem olei esse spectandam eo tempore, quo peti potest, non quo nondum potest peti, ne reo fiat iniuria. *Quo peti potest*, inquam, indefinite, ut sit non hoc aut illo, sed aliquo, quo peti potest. Hoc vero nihil verius, idque evidenter superiores loci omnes confirmant, qui aut diem constitutum statuunt, aut tempus litis contestatæ; nam utroque tempore peti posse constat. Sed hoc amplius quæritur, ex tam multis temporibus, quibus peti potest (potest enim peti singulis diebus) an spectari possit quodlibet, quo res plurimi fuerit, an vero unum aliquod spectari oporteat certum, quanti tum res sit, et quodnam sit hoc tempus. Id hoc loco non aperte decisum, nempe aliis partibus iuris relinqui intelligendum est, ut monemur in *L. præcipimus*, *in fin. C. de appell.* Quando igitur constat ex aliis locis: quæ sit veterum sententia de hac parte, eaque tam dilucide tradita est, ex ea nimirum decidetur res hoc modo; ut si oleum in diem promissum sit, æstimationem spectari oporteat, quæ eo ipso die fuerit: si sub conditione, non spectetur id tempus, quo conditio exstitit; ne id quidem intermedium, quod eventum conditionis secutum est usque ad litem contestatam, quantumvis debitor interim interpellatus moram fecerit; sed quo res postea iudicio petita erit; quia ubi dictum non est, quo die solvi deberet, non aliud placeat tempus spectari, quam litis contestatæ. Idem probandum erit, etsi oleum promissum sit Capuæ dari. Quoniam enim inest in hac stipulatione dies, intra quem possit perveniri Capuam: *L. interdum*, *infr. eod.* §. *loca*, *Inst. eod.* æstimatio quidem fiet eius temporis, cum peti potest, idest, cum is dies præterierit, non eius quod eum diem præcedit: sed ita, ut si ex omni eo tempore cum peti potest, quæratur, quod potissimum tempus spectari debeat, sciamus spectandum tempus litis contestatæ, ubi oleum iudicio petitum erit vel Capuæ; vel alibi; cætera autem non spectari; ac ne eum quidem diem, intra quem perveniri in eum locum potuerit. Scilicet quia sit is quidem dies eiusmodi, ante quem agi non possit; at non is, qui dictus sit solutioni, seu de quo convenerit, ut eo die pecunia solveretur. Quem ta-

tamen diem exigit veterum distinctio, tradita in *d. L. vinum, si cer. pet. et d.* L. *ult. de cond. tritic.* quo argumento et huius diei lapsu moram fieri in commentario de mora recte negavimus. Non me movet, quod in L. *idem*, *seq. hic.* cum Ulpianus dixisset eius temporis fieri æstimationem, cum peti potest, statim subiecit velut hoc tempus definire volens, *peti autem potest, cum primum in locum perveniri potuit.* Non enim certe definit, quod sit id tempus, cum peti potest: alioqui aperte falsa esset definitio, cum certum sit etiam omnibus aliis insequentibus temporibus peti posse: sed quod sit initium eius temporis, ut intelligatur, quando incipiat id tempus, cuius æstimatio possit fieri, de quo quærebatur. Et fateor eo quoque tempore, quo primum peti potest, fieri posse rei æstimationem, quemadmodum potest et reliquis sequentibus: sed in ombus hac conditione, si iudicio actum fuerit; ut ex omnibus temporibus quibus peti potest, æstimatio ad unum certum et constitutum referatur litis contestatæ. Constat autem loco adiecto agi posse et litem contestari vel eodem loco, vel alio, simulatque transierit id tempus, quo in locum constitutum potuit perveniri. Hæc sententia cum verbis conveniens hos locos conciliet cum aliis commodissime, satis habet ipsa per se præsidii, quo se tueatur ex Iustiniani voluntate, qui omnes eiusmodi interpretationes, quæ ad concordiam faciunt, accipi iubet. *L. 2. §. contrarium, C. de vet. iur. enucl.* Sed ut id quidquam patrocinetur huic interpretationi, non postulo, nisi ex his locis sumi potest hanc sententiam ipsorum auctorum fuisse. Id vero ita esse facile nobis probabitur, si considerabimus, et quis sit auctor definitionis hoc loco traditæ; et aliud statuentibus nobis, quam quod diximus, quæ novitas et insolentia efficiatur sententiæ. Iulianus est, cuius refertur hoc loco definitio. Atqui idem ipse est, cuius est illa distinctio superior, quam hactenus statui volumus. Nam et *L. vinum*, huic adscribitur. Incredibile est tantum auctorem iuris, quantum fuisse scimus Iulianum, qui non unam partem iuris attigit, sed universum persecutus id redegit in ordinem, unde et edicti perpetui conditor, et ordinator a Iustiniano dictus est *L. 2. §. sed quia, C. de vet. iur. enuc. L. pen. C. de cond. ind.* in ea ignoratione iuris versatum esse, ut tam dissentanea in eadem re scriberet, præsertim in quæstione tam celebri, et velut decantata in veterum disputationibus. Sed hoc incredibilius eum a se dissensisse in ea re, de qua exstaret contraria sententia Sabini et Cassii non solum ipsi notissima, sed etiam probata, ut pote Sabiniano. *L. 2. in fin. supr. de or. iu.* Quod autem ad genus sententiæ attinet, repugnat omnium veterum sententiis et regulis iuris, ut cum rem debeas, exigere possim æstimationem, quæ fuit cum res contracta est, aut eius temporis, quo nondum mora facta sit. Quæ cum ita sint, puto iam constare, quid hic veteres constituerint de vini, olei, et similium rerum æstimatione, de quo priore loco quærebamus, esse autem eam distinctionem, quæ legatur tam diserte et ex professo tradita in *d. L. vinum, si cert. pet. et d. L. ult. de cond. trit.* ut si dictum sit, quo die vinum solveretur, æstimetur, quanti tunc fuit; si non, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Quam eandem sententiam cum nulli loci aperte mutent, necesse sit talem esse, quam manere oporteat: siquidem auctoritas iuris, non etiam ratio quæritur. Neque vero tam imperiti sunt vulgo interpretes, ut ignorent, quid illis verbis significetur, ac non videant iis cætera tempora excludi, etiam si per ea tempora res fuerit plurimi; duo autem illa ita statui ut quamvis per ea res minimi fuerit, tamen illa sequi oporteat. Et sequerentur hoc ipsum sine dubio, adeo superior sententia dilucide scripta est; nisi hanc sententiam non solum perspicuis aliis locis, sed etiam notissimis regulis iuris, et manifestæ æquitati putarent adversari. Id quod cum in hac re evenire iudicent, satius esse ducunt quidvis admittere; verba ipsa verborumque significationem manifestam negligere; auctores adeo ipsos cum sua illa distinctione irridere, si opus est; quam pati, ut salvis verbis minime tamen obscuris aut ambiguis, tam absurda, ut ipsis videtur, aut iniqua sententia inducatur. Ergo hoc superest, ut quam recte superius illud sit a veteribus constitutum, ut propositum est, videamus. † Ego autem contendo non modo hac 10
sententia nihil esse æquius, sed etiam ab hominibus peritissimis iuris ex regulis eius iuris, in quo versabantur, aliud omnino statui non potuisse. Ius ratum est, quæ res non debeatur, eam exigi non posse, multoque minus eius æstimationem. Ut enim definitio est actionis, non est actio, nisi de eo quod debetur. *L. nihil, supr. prox. tit.* neque vero pro re quæ nulla est, ulla possit deberi aut præstari æstimatio. Atque huius iuris æquitas lucet ipsa per se, nec tam auctoritate virorum prudentium constat, quam natura, exigi non posse, aut debere ab aliquo, quod is non debeat. Hoc posito; cum vinum aut oleum promissum est, vinum, inquam, generaliter, ut vini Campani amphoræ tot, olei pondo tot, de quo nunc agimus: hic si vi-

vinum omnium temporum debeatur, concedo, etiam omnium æstimatio deberi possit post moram. Quod si eorum temporum, quæ hic negamus spectari, vinum non debetur; consequens est superiori sententiæ, nec æstimationem eorum temporum deberi, aut peti posse. At vino promisso, aut ex alia caussa in obligationem generaliter deducto, ut fit in mutuo, de quo in dict. *L. vinum.* nullius temporis vinum debetur, præterquam diei constituti, aut litis contestatæ. Ex quo efficitur nullam iuris aut æquitatis rationem pati, ut aliorum temporum æstimatio exigatur. Hac ratione nihil est expeditius, nihil ad superioris sententiæ confirmationem certius, si modo probetur id quod sumimus, vino promisso nullius temporis vinum deberi præter duo illa, quæ veteres comprehenderunt. Atqui nihil puto verius; cum enim vinum generaliter promittitur, incertum promittitur, ut accidit in rebus omnibus generaliter comprehensis, idest, non hoc aut illud, sed infinite vinum, idest, ex universo genere unum aliquod corpus, quod præstabitur postea; ex quo apparet, si de certo tempore solvendi nihil conveniat, nullius temporis vinum promitti nisi eius solius, quo promissori visum erit solvere, quod tamen tempus ad hanc quæstionem non pertinet. Neque enim de æstimatione vini quærendum est, ubi vinum ipsum ultro solvitur a promissore. Quod si nullius temporis vinum promittitur, de cuius æstimatione quæratur, ne debetur quidem. Id enim debetur solum, quod in obligationem deducitur: Si non debetur, apparet hoc esse consequens, quod iam dixi, nec æstimationem eius vini quod non debeatur, esse exigendam. Cur ergo placet istorum temporum æstimationem spectari et exigi, quo dictum est, ut solveretur, aut quo lis contestata est? nempe quia horum duorum temporum vinum debetur, ac debetur ideo, quia promittitur. De die ad solvendum constituto dubitari non debet. Hic enim manifestam conventionem habet, ut eo die vinum detur. Denique die adiecto promittitur vinum eo die dari. Non adiicitur quidem nominatim, ut vinum detur eius temporis, sed ex verbo et tempore solutionis satis intelligitur, non enim potest eo tempore dari vinum, nisi quod sit eius temporis: oportet, enim eo tempore esse, si solvitur. De tempore litis contestatæ potest dubitari: quoniam de eo nihil aperte cautum est. Sed et de eo tacita conventio est, ut si ante nullo alio tempore vinum a reo solutum erit, hoc demum iam omnino, et sine ulla dilatione solvatur. Cum enim vinum promittitur, ab initio id agitur, ut aliquando saltem id iudicio petere liceat, quo actor id consequatur. Quod cum sit, eadem opera intelligitur et illud agi, ut vinum præstetur illius temporis: quoniam petitionis, seu litis contestationis omnis vis hæc est, ut quod petitum est, id ipsum et tale præstetur, quale fuit, cum petitur. *L. 2. supr. de usur.* Ergo constituta hic sunt tempora duo a veteribus, quorum spectaremus æstimationem, dies solutioni adiectus, et sine die tempus litis contestatæ; non quia his temporibus, si vinum solutum non fuerit, mora facta sit, quam etsi fieri, verum est, non tamen potuit mora obligationem de æstimatione inducere: sed quia id actum est, ut quemadmodum daretur vinum his temporibus, ita daretur vinum eorum temporum, ut nisi daretur, consequens esset æstimationem eius rei quæ soluta non esset, dari oportere. Dixerit aliquis, quod vinum certi alicuius temporis promissum est, seu certo aliquo tempore dari promissum, non esse argumentum ideo aliis temporibus non deberi. Nam etsi Stichum promiserim Calendis, quamvis maxime id actum sit, ut daretur Calendis: et eo tempore potissimum debeatur ex conventione; non eo minus tamen debetur et aliis temporibus; debetur enim quandiu vivit, nec morte desinit deberi, si post moram promissoris decesserit. Non nego; neque ideo nunc dico vinum non deberi aliis temporibus, quia certo tantum tempore dari promissum sit: sed hoc solum, quo tempore vinum dari quis promiserit, eius etiam temporis vinum deberi. Ut autem ex eo non recte colligi concedo, vinum non deberi aliorum temporum: ita profecto multo minus inde colligas, quia certo tempore vinum promissum sit ideo etiam idem aliis temporibus promissum videri. Imo, inquies, recte colligitur; nam cum quid in diem promissum est, non tantum ante diem debetur; sed etiam dies ipse argumento est ante deberi. *L. centesimis, supr. eod. §. in diem, Inst. eod.* multoque magis cum dies venerit, idem perpetuo deberi constat. *L. eum, qui Calendis, §. 1. supr. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Hæc recte dicuntur, re certa promissa; quæ quia omnibus temporibus una eademque est, eo fit, ut simpliciter promissa, non tantum eo tempore quo dari debet, sed et ab initio, et reliquis deinceps temporibus omnibus promitti intelligatur: tandiuque duratura est obligatio, quandiu res erit, quæ dari possit. Huic rei non recte comparabitur rei incertæ, puta vini, aut olei generaliter promissi stipulatio; etsi enim genus ipsum si universum spectetur, omnibus temporibus vinum est: tamen quia genere promisso, idest, re aliqua generaliter promissa, veluti homine, non universum genus promit-

mitti intelligitur, sed una aliqua res ex eo genere, ut diximus ad *L. in stipulationibus*, *supr. eod.* idque maxime apparet in oleo, vino, frumento, et similibus, in quibus certa quantitas earum rerum adiicitur, ideo hoc sensu singulorum temporum aliud atque aliud vinum vel oleum intelligi necesse est, sive speciem vini spectes, quæ præstanda est, sive æstimationem. Satis enim constat quod vinum hodie daturus sis, non necessario id esse, quod alio tempore possis dare, cum possint variæ species, et diversa corpora vini diversis temporibus recte præstari. Æstimatio quidem certe singulorum temporum diversa esse consuevit; ut hac quoque parte aliud quodammodo vinum singulorum temporum videri debeat. Quod si singulorum temporum aliud atque aliud vinum est, conficitur si cuius temporis vinum promissum erit, non ideo aliorum temporum vinum promissum existimari debere. Habemus, opinor, superioris sententiæ rationem neque obscuram, neque dubiam, sed facilem et ex medio sumptam Iure Civili, eandemque quæ sit non magis iuris, quam æquitatis exploratæ: ut iam illa sententia tot locis exposita non magis propter auctoritatem iuris, quam propter æquitatem retinenda sit. Sed tamen quia reclamant vulgo interpretes, atque hoc potius statuunt cuiusvis temporis quo res fuerit plurimi, rationem esse habendam, quid illi contra dicant, breviter consideremus. Atque hæc fere sunt in summa, quæ pro æquitate contrariæ sententiæ adversus huius quam statui volumus, iniquitatem (sic enim vocant) ab illis disseruntur. Nempe colligunt ea, quæ adversus frustratores debitores in universum prodita sunt veterum sententiis, et regulis iuris ut notissimis, ita et æquissimis. Sunt autem hæc: nulli frustrationem suam prodesse debere. *L. hominem, in fi. supr. man.* imo contra debere unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione. §. unicuique infr. de reg. iur.* quibus sententiis nihil æquius. Ductæ sunt enim ex his fontibus et primis præceptis iuris, suum cuique tribuere, alterum non lædere. *L. iustitia*, §. 1. *supr. de ius. et iur.* unde illa, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: *L. non debet*, *infr. de reg. iur.* item, factum cuique suum non adversario nocere debere. *L. factum. infr. de reg. iur.* Ex quibus effici volunt, si promissor vini moram fecerit, vinum autem tum fuerit plurimi, cum petebatur, aut etiam esse cœperit postea, cum reus moram facere pergeret, æquissimum esse tanti eum damnari, quantum actor vino accepto consequi potuisset: ne aut illi sua mora prosit, qui vino usus est, et ex eo lucrum fecit; aut huic mora noceat, dum quod habere posset, ei aufertur. Eodem pertinere aiunt illam definitionem, moram perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. eod.* cuius hæc sententia sit, quale quidque est quod debetur, cum in eo solvendo mora fit, tale ad extremum præstari debere, aut eius æstimationem, quamvis postea minoris esse incipiat. Quod si cui hæc videntur definiri generalius, eoque plus dubii esse, an ex his efficiatur reum damnari debere, quanti plurimi unquam vinum fuerit post moram: hic iam agunt cominus, et ad id probandum conferunt eos locos, in quibus diserte scriptum est, mora facta, si quæratur, cuius temporis æstimatio fiat, placere id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit. Hi sunt autem, *L. in re*, §. 1. *supr. de cond. fur.* et *L.* 3. *de cond. trit.* Adversus quæ omnia una nobis defensio est in promptu, vere nimirum illa dici de æstimatione rei petitæ, cum agitur de æstimatione eius rei, quæ fuit debita. Est enim æquissimum, ut qualis præstari debuit, cum mora facta est, talis quoque præstetur postea, ne quid mora debitoris detrahat creditori: aut si talis præstari non potest, præstetur saltem æstimatio. Quod si res debita non fuit; non modo non est æquum exigi eius æstimationem, sed etiam id fieri sine summa et manifesta iniuria debitoris non possit. Nam quo iure ubi res aliqua non debetur, pro ea re petatur æstimatio? Quid, si ne præstari quidem potest natura, ubi res nulla est, pro qua præstetur? Atqui tale esse diximus vinum omnium aliorum temporum, quam diei constituti, aut litis contestatæ. Vinum, inquam, eorum temporum ut non est promissum, ita nec debetur; proinde ne æstimatio quidem. Hoc intellecto facilis erit de singulis responsio. Unicuique mora sua nocere debet. Nihil verius, aut æquius. Sed diligenter videndum est, quatenus noceat. Neque enim hic pœna est infinita; nocet videlicet in eo quod debetur: in eo quod non debetur, nequaquam; denique quatenus noceat, illa altera regula veterum comprehensum est, cum dicitur mora perpetuare obligationem. Perpetuat mora obligationem: id est, eam, quæ fuerat, retinet, et perpetuam facit. Sed perpetuat, inquam, non parit novam; et vero constat certis modis contrahi obligationem, in his autem moram non esse. Quid autem efficitur ex eo, quod placet, mora obligationem perpetuari, ut eadem opera et de hac quoque posteriore veterum constitutione respondeam? id omnino, quod quærimus, tantum abest, ut ad id oppugnandum hæc definitio quid-

quam pertineat: cum perpetuetur id solum, quod ante debitum fuit; non perpetuetur autem, quod non fuit. Si mora perpetuat obligationem, quæ fuit; fateor in proposito vinum id perpetuo deberi, quod fuit die ad solvendum constituto, aut tempore litis contestatæ: quia tum id vinum debebatur, et mora perpetuam fecit eam obligationem. Unde est, quod dum postea illorum temporum vinum præstari non potest, ideo eorum æstimationem debere præstari dicimus. At ista ipsa ratione efficitur cæterorum temporum æstimationem non deberi, quamvis ante a debitore mora facta sit; scilicet quia illorum temporum vinum non fuit in obligatione, nec potuit mora perpetuare obligationem, quæ
11 non fuit. † Quod reliquum est, negari non potest esse non obscuros locos, quibus quod dicunt traditum est, cum quæritur re aliqua petita, cuius temporis æstimatio facienda sit, spectandum esse id tempus, quo plurimi unquam res fuit post moram. Sed non observarunt ubique hoc dictum esse de specie, et re certa in obligationem deducta, ut Sticho. Quod ex eo satis intelligitur quod proponitur in omnibus res aut periisse, aut deterior facta esse. Quæ duo nisi rei certæ non conveniunt. Nam res incerta, seu genus perire non potest. *L. in ratione*, §. *incertæ*, *supr. ad leg. Falc.* sic autem proponuntur in *d. L. in re*, §. 1. *de cond. fur. et d. L.* 3. *de cond. trit.* Quærent, quid ad rem pertineat, quod superius illud in re certa petita, responsum est, non in oleo, vino, et cæteris similibus. Quasi quod in uno genere rerum debitarum statuitur adversus debitorem propter eius frustrationem, non idem probandum sit in quovis alio propter eandem caussam. Sane vero non idem in vino, oleo, et similibus dicendum est. Hæc enim quia infinite et generaliter promittuntur, fit, ut nullius temporis vinum aut oleum deberi intelligatur; ut consequens sit nec illius vini deberi unquam posse æstimationem propter moram. Quæ differentia quia illos fefellit, non miror, si rem hanc expedire adhuc non potuerunt. Ac ne illud quidem, si difficultate eorum quæ obiiciebantur victi, in alia omnia transierunt. Hoc enim unum restabat iis, qui vino promisso omnium temporum vinum deberi statuissent, ut rebus certis promissis accidit. Atqui ita se res habet, ut corpus certum semel promissum omnibus temporibus debeatur; quia omnibus unum est, idemque; illud nimirum, quod ab initio promissum fuit. Ex quo evenire necesse est, ut quale quovis tempore id fuit post moram, tale quoque postulante creditore præstari debeat, aut nisi præstetur, debeatur illius temporis æstimatio ob eam caussam, quam supra dixi; quia mora perpetuam fecerit eius temporis obligationem. At vino et similibus rebus, generaliter promissis, effectum est duobus illis temporibus exceptis quæ supra conprehensa sunt, nullius temporis vinum deberi. Quod si non debetur, ne debebitur quidem quandoque eorum temporum æstimatio. Nec si moram promissor fecerit postea, ideo magis debere incipiet, quod ante non debuerit; quoniam, ut dixi, mora perpetuare possit obligationem, quæ fuit: novam autem inducere non possit. Quanquam et illud dici potest; in vino cæterorum temporum solvendo non videri promissorem moram facere, qui eorum temporum vinum non debuit. Sed an non observamus hoc discrimen rerum debitarum servatum esse a veteribus, cum de æstimatione earum quæritur, et pro conditione varia rerum varie quoque eos respondisse, et quidem ita constanter, ut nunquam ab illis aliter factum fuerit? Cum enim æstimandum dixerunt, quo tempore res unquam esset plurimi, nusquam legimus id scripsisse eos de oleo, vino et similibus, aut simpliciter de re quavis debita, sed ubique nominatim de re certa petita, quæ perire posset, aut deterior fieri. ut *d. L. in re*; §. 1. *de cond. fur. et d. L.* 3. *de cond. tri.* Contra vero cum diem constitutum spectandum, aut tempus litis contestatæ aut certum aliquod definierunt, licet observare ubique ab illis aut quæstionem poni, aut definitionem nominatim concipi de vino; ut in *L. vinum*, *si cer. pet. L.* 3. §. *ult. supr. de act. em.* aut de oleo, ut hic, aut simul de vino, oleo, frumento, et similibus mercibus, ut *d. L. ult. de cond. trit.* An temere ab illis ita fieri putamus? imo vero hæc tam diligens rerum appellatio et distinctio, in eaque distinctione perpetua veterum constantia evidentissimo argumento est, ita singulis definitionibus iuris inter se diversis, genera rerum diversa nominatim esse attributa, ut intelligeremus ius ab illis statui proprium uniuscuiusque generis, et distinctum ab aliarum rerum iure. Nam quod in *d. L. ult. de cond. trit.* scriptum est, idem dicendum esse de cæteris rebus, quod de vino, oleo, frumento, movere nos non debet. Id enim sic accipiendum est: in cæteris rebus similibus, iis videlicet, quæ generaliter promittuntur, aut quæ pondere, vel mensura constant.

His rebus satis iam constitutam puto veterum distinctionem de vini, olei, et similium rerum æstimatione, traditam in *L. vinum*, *si cer. pet. et L. ult. de con. trit.* quam et in his locis tenere nos oporteat. Atque ita constitutam, ut si in eo de sententia vete-

terum, quam probarint, prius constitit, multo etiam minus iam de iure aut æquitate eius constitutionis possit dubitari. †
12 Unus scrupulus hic etiam restabit fortassis, qui fiat, ut cum vinum vel oleum promissum sit, non æstimatio, et quia promissum, ideo debeatur, non æstimatio; tamen non de vino aut oleo præstando agatur, sed de æstimatione, et ea quidem quam ex hoc aut illo tempore præstari oporteat. Absurdum est enim huius aut illius temporis exigi æstimationem, si omnino æstimatio non debetur. Porro videtur non deberi, quæ non est promissa. Etsi autem hoc constituto, cur æstimationem certi temporis spectari oporteret, de quo diximus, satis ostenditur, cur oporteat absolute æstimationem spectari, ac de eo ex superioribus satis statui potest: tamen ne hic etiam aliquid dubitationis hæreat, nonnihil et de eo separatim attingam, quo omnibus satisfiat. Principio fateor, idque ita ex iure statuendum est, frustra de æstimatione agi, nisi ipsa debeatur. Sive enim petet creditor non debitam, frustra petet; cum non sit actio nisi de eo, quod debetur. *L. nihil, supr. prox. tit.* sive promissor offeret invito, frustra offeret; cum aliud pro alio invito creditore solvi non possit. *L.* 2. §. 1. *supr. si cer. pet.* Quod si apud Iudicem res agetur, et vinum vel oleum promissum aut ex alia caussa debitum petitum erit, ne hic quidem alia potestas est iudicis, quam ut reum in id condemnet, quod in iudicium deductum est, id est, in vinum aut oleum, non etiam in æstimationem. *L. ut fundus, supr. com. divi. L. ult. C. de fid. lib.* Denique quamcunque sententiam dicet Iudex, non potest reum condemnare in aliud, quam quod debetur. Sic enim ius est, ut non possit exigi, quod non debeatur. *L. debitor, infr. de verb. sig. d. L. nihil, supr. prox. tit.* Nec potest Iudex aliter iudicare, quam legibus et moribus proditum est. *Inst. de off. iud. in pr.* Itaque quod quidam dicunt vinum aut oleum peti posse, quia debeatur; æstimationem autem peti non posse, quia non sit in obligatione, et tamen ex liberalitate, officio atque accommodatione iudicis, vini aut olei petiti æstimationem fieri posse, quale sit, non intelligo. Nam si hæc accommodatio contra ius est, cur eam Iudici concedunt, quam ius adimit: si ex iure, cur nos ad voluntatem et liberalitatem Iudicis revocant, cum ille ex iure hic habeat, quod sequi cogatur? Sed hoc ita est, si æstimatio a promissore non debetur, invitus eam præstare cogi non potest. Quod si Iudex nihilominus in eam condemnat, inique iudicat, et aut creditori, aut promissori iniuriam facit. Nos autem, quid iure fieri possit, quærimus. Deinde posita ista accommodatione, tollitur quæstio huius loci, et omnium similium, quam tamen ex illa sequi volunt. Opinor enim, ea liberalitas et accommodatio Iudicis intelligenda est, cum promissori vinum debenti, et petenti tamen, ut sibi pro eo æstimationem solvere liceat, Iudex eam potestatem facit, quamvis summo iure promissor vinum præstare debuerit. Atqui si permittitur promissori æstimationem solvere, solvendi necessitas tollitur. Licebit enim ei ea concessione non uti, si velit. *L. pen. C. de pact.* Hic autem agitur de æstimatione certi temporis, quam spectare oporteat, his enim verbis Iulianus hoc loco utitur; nec aliam significationem habet, quod aliis locis æstimationem faciendam esse dicitur. Quod si intelligunt Iudicem posse reum cogere, ut præstet eam æstimationem, iam non est hæc liberalitas et accommodatio Iudicis, quæ promissori solutionem commodiorem reddat; sed necessitas, qua etiam reluctantem oneret. Multa sunt igitur, cur ista accommodatio neque recipienda sit ipsa per se, ut iniusta, nec si iusta esset, tamen quidquam ad hunc locum pertineat. Fatendum est, quod dixi, nec quidquam peti posse, quod promissor non debeat; nec aliud ab eo posse solvi, quam quod ipse debeat, nisi hæc ipsa potestas aliud solvendi aut ipsius contractus lege, aut iure publico ei tributa sit. Itaque cum de æstimatione vini, olei et similium rerum agitur, dicimusque alicuius temporis spectari æstimationem, ut præstetur, simul hanc quoque deberi dicimus. Verum hic subsistitur, cum vinum seu oleum promissum sit, non æstimatio. Sed debetur illa nihilominus, fitque hoc modo, ut debeatur, quod et iam supra expositum est. Quoniam enim vino promisso debetur vinum certi temporis, ut ostendimus; evenit, ut etiam eo tempore transacto eiusdem temporis vinum perpetuo debeatur, sive quod debebatur in genere, genus autem perire non potuit: *L. in ratione, §. incertæ, supr. ad leg. Falc.* sive quod etsi periisset, tamen mora perpetuasset obligationem. Quod si debetur, primum est, ut ipsum præstari debeat, si potest; si non potest, hoc est reliquum, ut debeatur eius æstimatio, si quidem aliquid præstari volumus. Nam et in rebus certis promissis hoc idem servatur, ut quandiu res exstat, hæc petatur, ac debeat præstari. Quod si desinat præstari posse, et tamen adhuc debeatur, ut quia post moram perierit, hic iam pro re non modo præ-

præstatur æstimatio, sed etiam debetur ipsa: eiusque rei argumentum est, quod tanquam vere debita etiam peti potest. *L. in re, in princ. supr. de cond. fur.* Iam vero in vino, et similibus rebus generaliter promissis, ante docuimus natura ita comparatum esse, ut cum tempus præteriit, cuius temporis vinum debebatur, amplius eius temporis vinum præstari non possit. Quandocunque enim vinum in specie præstabitur postea, id erit aliud ab iis, quæ aliis temporibus dari potuissent, non tantum specie, seu numero, sed etiam æstimatione, quæ singulis temporibus variatur. Quo fit, ut pro eo quod præstari non potest, incipiat iam æstimatio deberi. Quæ et ob eam caussam præstanda est. At enim in stipulatione id solum debetur, quod promissum est. *L. quidquid, infr. eod.* quomodo igitur vino aut oleo solum promisso debeatur æstimatio, quæ non est promissa? Et aperte quidem promissa non est; sed significatione et sententia verborum nihilominus promitti intelligitur. Nam si ita promittitur res, ut velint contrahentes eam deberi, etiam si non exstet, quod fit, cum mora facta res præstari posse desiit; necesse est hoc agi inter eos, ut præstetur æstimatio, quoniam corpus ipsum rei amplius præstari non potest. Alioqui promissio sit inutilis. Quod nequaquam admittendum est. *L. quoties in, infr. eod.* Idem et in vino mutuo dato agi intelligitur; quidquid autem in contrahendo agitur, pro cauto habendum est, *L. 3. supr. si cert. pet.*

Ad L. Stipulatio hoc modo. 61.

Iulianus lib. II. *ad Urseium Ferocem.*

Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est: quia contra bonos mores est hæc stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio omnisque conventio de futura successione obtinenda, legibus improbatur.*
2. *Stipulatio, qua non aperte stipulor hereditatem, seu ut me heredem facias, sed pecuniam sub conditione: Si me heredem non feceris, an utilis.*

1 OMnem † stipulationem, omnemque omnino conventionem de futura successione obtinenda leges improbant tanquam turpem, bonisque moribus contrariam. L. *ex eo, C. de inut. stip. L. ult. C. de pact.* cuiusmodi est maxime illa, me heredem facies? de quo iure plura hic non dicam, quia est hic mihi locus de toto genere istarum conventionum diligenter expositus ad
2 *d. L. ult. C. de pact.* † Hoc iure posito quæsitum est, quo loco haberi debeat hæc stipulatio, si non aperte stipuler hereditatem, seu, ut me heredem facias; sed pecuniam sub conditione, si me heredem non feceris. Movet, quod stipulatio hoc modo concepta est, ut non videatur adversus legem. Non est enim de hereditate, quam stipulari lex vetat; sed de pecunia, quam nulla lex prohibet stipulari. Placet hoc loco non minus esse inutilem, quia sit non minus contra bonos mores. Et recte. Hic enim promissor alia via obstringitur ad stipulatorem heredem instituendum, ad quod eum obstringi lex non vult. Obligatione enim constituta malet stipulatorem heredem facere, quam non instituendo heredes suos ei quasi pœnæ subiicere. Itaque non est hæc stipulatio aperte contra legem; quia non est contra id, quod lex aperte fieri prohibet. At est in fraudem legis; quia per eam id fit, quod lex fieri non vult, etiam si verbis non prohibet; et in summa non est contra verba legis, sed est adversus legis sententiam. *L. contra, et L. seq. supr. de leg.* quod genus non minus improbatur legibus; egregie autem inter cæteras, *L. non dubium, C. de leg.* Et merito hoc etiam; non enim minus adversus legem esse iudicandum est, quod est adversus eius sententiam: cum lex id sit, non quod scriptum est, sed quod scripto voluit: unde verbum ex legibus sic accipiendum esse dicitur, tam ex legum sententia, quam ex verbis *L. nominis. 6. §. 1. infr. de verb. sig.* Hinc apparet, cuius facti stipulatio sit inutilis, quia turpis: in eodem facto omnem pecuniæ promissionem esse inutilem si pecunia promittatur hac conditione, si illud factum non fuerit. Idque ita, etsi nulla præcesserit de facto ipso stipulatio aut obligatio, cuius confirmandæ caussa pœna adiiciatur. Scilicet quia ipsa per se pecuniæ stipulatio ad constitutionem et obligationem eiusdem facti pertinens eandem turpitudinem continet. Quod et confirmatur in *L. Titia infr. eod.*

Ad L.

Ad L. Servus vetante. 62.

Idem lib. II. *ex Minicio.*

Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit: nihilominus obligat domino promissorem.

SUMMARIA.

1. *Servus quacunque ex caussa domino vel ignoranti acquirit.*
2. *Servus an domino etiam invito et aperte repugnanti acquirat.* et n. 4. 8.
3. *Hereditas cur excipiatur ex iis rebus, quæ a servo Domino invito acquiruntur.* et n. 5.
6. *Possessio quia facti est, nec volenti domino per servum acquiritur.*
7. *Regula iuris explicatur*: Invito beneficium non dari.

1 QUidquid servus quacunque ex caussa acquirit, in domino acquiri placet: quo in numero est, et si quid stipuletur. *L. acquiruntur*, §. 1. *supr. de acq. rer. do. L. stipulatio ista.* §. *alteri*, *supr. eod. L. ult. infra*, *de stipulatione ser.* Nec dubium est, quin quod stipulatur servus, etiam ignoranti domino acquiratur. Unde quod servus infantis stipulatur, acquiritur infanti; *L. 1. supr. eod. et* quod furiosi, furioso; *L. si a furioso*, *supr. prox. tit.* et quod hereditarius hereditati *L. cum qui*,
2 *vers. quod si sibi*, *si cert. pet.* † Etiamne invito acquiratur, quæsitum est. Finge cum servus stipulari vellet ab aliquo pecuniam, dominum vetuisse, quod nollet rem ita transigi, ut servus instituerat, aut quod nollet sibi quidquam rei esse cum tali promissore; servum tamen vetante domino stipulatum: an stipulatio domino acquiretur? eademque quæstio est de cæteris, quæ per servum acquiri posse dicimus, quæ modo in ea caussa sint, ut domino quæsita illum non obligent. Qualis est hereditas; nam hæc invito non acquiri constat, ne sit in potestate servi deteriorem domini conditionem facere, cum velit. *d. L. acquiruntur*, §. 1. *supr. de acqu. rer. dom. L. qui in aliena. supr. de acq. her.* Nunc de stipulatione quærimus, quia locus ita dat: sed ita, ut ex una specie rerum idem et de aliis rebus intelligamus. Non temere quæritur; multa enim concurrere videntur, cur non possit ex hac caussa stipulatio aut obligatio domino acquiri. Primum rei æquitas: non enim æquum videtur liberum hominem cogi quidquam facere, aut in se admittere invitum, præsertim ubi de re eius solius, non de alieno incommodo agatur. Deinde rei natura, de qua agitur. Quod enim ius vult domino acquiri, beneficium hoc iuris est, quod in dominium confertur. Vel ipsum beneficii nomen, ipsa voluntas domino consulendi repugnat, quominus hic quidquam illi acquiratur invito. Si quid enim accipere cogatur, quod nolit, vis hæc sit verius, quam beneficium. Ideo ius in omnibus rebus ita comparatum habemus, ut liceat unicuique quod sua caussa constitutum sit, contemnere. *L. pen. C. de pac. L. si Iudex*, *supr. de min.* Atque adeo invito nihil acquiri compluribus regulis iuris diserte confirmatur: in quibus sunt hæ: Invito beneficium non datur: *L. invito*, *infr. de reg. iur.* Quod cuique præstatur, invito non tribuitur: *L. invitus*, §. *ult. eo. tit.* item, Non potest liberalitas nolenti acquiri. *L. hoc iure*, §. *non potest*, *supra de dona.* Postremo ipsa iuris ratio peculiariter in servorum stipulatione hoc efficere videtur, ne ex hac caussa quidquam acquiratur invito. Quod enim servus stipulando domino acquirit, eo videtur admitti, quia perinde habeatur, ac si dominus stipulatus esset, ut est in *L. quodcunque*, *supr. eod.* et ut est apud Iustinianum, quia vox servi vox domini esse intelligatur. §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inut. sti.* Cui rationi locus non est in domino repugnante. Neque enim existimari potest dominus voce servi esse stipulatus, ubi constet eum noluisse, ut servus stipularetur, atque adeo ne servus faceret, vetuisse. Quod contra fit in voluntate dubia domini. Potest enim existimari, si sciret servum stipulari, eum repugnaturum non fuisse, quia ita fieri ipsi expedit; ac proinde illi acquiri non est alienum. Neque hæc distinctio dubiæ, et manifesto contrariæ voluntatis, in persona dominorum exemplo caret. Nam et simile quiddam accidere videtur in iis personis, in quibus ut agant alieno nomine, mandatum et voluntatem dominorum non exigimus. Ut enim sine voluntate recte agant, tunc recipitur, cum de voluntate dominorum contraria nihil

hil proponitur. Quod si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, placet eos repelli debere. *L. Pomponius*, §. *ult. supr. de proc.* Quorum utrumque in manifesta voluntate optima ratione defenditur; In re enim dubia coniecturæ voluntatis admitti possunt. In ea autem voluntate, quam certo contrariam esse constet, non est coniecturæ locus. *L. continuus*, §. *cum ita*, *in fin. infr. eod.* Atque hæc ne videantur nihil esse, non defuerunt nostra ætate viri docti, qui æquitate rei moti, et maxime superioribus regulis, putarent obligationem seu actionem invito non acquiri. Adversus has dubitationes hoc loco et nonnullis aliis de hac re cautum est: quibus ostenditur et ex stipulatione et ex aliis caussis prope omnibus quidquid servus acquirat, non tantum volenti domino aut solum ignoranti, minimeque repugnanti acquiri, sed etiam invito et aperte repugnanti. De stipulatione hoc loco scriptum est, si servus vetante domino stipulatus sit, nihilominus obligare domino promissorem. Non dixit Iulianus stipulationem domino acquiri: quanquam hoc satis esset ad intelligendum una cum stipulatione obligationem, et actionem esse quæsitam, cum hæc ex illa caussa nascantur. *Inst. eo. in princ.* Sed his verbis usus est, *domino obligat promissorem*, ut intelligamus aperte domino obligationem acquiri. Sed hoc illi, quos dixi, videntur sic accepisse, ut servus in proposito obliget quidem domino promissorem, sed non statim et absolute, verum sub conditione, si mutata voluntate dominus velit postea ex ea stipulatione experiri. Cæterum negent obligationem acquiri invito: nempe ob eas caussas, quas supra commemoravi. Etsi hoc non satis huic loco convenit, ubi simpliciter dicitur servus obligare domino promissorem: unde intelligitur obligare statim; ut est vis puræ orationis. §. *omnis*, *Inst. eod.* ubi præterea cum dicitur servus obligare promissorem, intelligi debet obligari eo tempore, de quo propositum est, idest, quo servus vetante domino stipulatus proponitur; ne si intelligamus aliud tempus huius obligationis, posteriora prioribus non respondeant, efficiaturque definitio huius loci prope non minus incerta, quam si omnino definitum nihil esset; multaque etiam in eandem sententiam dici possunt: tamen ferri posset interpretatio, nisi in *L. etiam invitis*, *sup. de acq. rer. do.* dilucide scriptum esset, etiam invitis nobis per servos nostros acquiri. Additur quidem a Caio *pene ex omnibus caussis.* Sed hoc nihil nunc ad rem pertinet; inter omnes enim convenit stipulationem non esse ex numero earum caussarum, quæ excipiantur. Ergo non dicit Caius, si quid servi nostri nobis invitis stipulati sint, id nobis acquiri, ut fit hoc loco, et in *L. Quemadmodum*, *supr. de iur. do.* in quibus verbis adhuc hæc dubitatio relinquitur, an etiam nobis invitis acquiratur: sed dicit id aperte, de quo ambigitur, *nobis invitis acquiri.* Id acquiritur invitis, quod acquiritur nolentibus, idest, iis qui sibi acquiri nolunt, et cum maxime nolunt, his acquiritur tamen ipso iure. At qui aliquando noluit sibi acquiri, si postea mutata voluntate velit, tumque ei acquiratur, perspicuum est, quod ita acquiritur, volenti acquiri, non invito. Quapropter secundum supra scriptam definitionem in quæstione proposita de stipulatione ita recte dicemus, si servus invito et vetante domino stipulatus sit, statim stipulationem et obligationem inde domino acquiri. Nec ad rem pertinere, quod tum dominus sibi acquiri nolit. Nam ex omnibus pene caussis, certe quidem ex stipulatione quidquid acquirat servus, id domino invito acquiri. Non est vero, cur conturbemur iis, quæ contra disseruimus. Dicuntur enim recte omnia; sed in iis, quæ cuique per semetipsum acquiruntur: ad ea non pertinent, quæ nobis acquiruntur per alios, ut per servos et filios nostros. Quod ut recte explicetur, primum de æquitate huius iuris: deinde de regulis superioribus: tum de ratione, propter quam per servum acquiri stipulationem dixi, ordine et breviter respondebo. Jus, et æquitas, et beneficii nomen non patiuntur, fateor, ut quod alicui delatum est, id invito acquiratur ob eas caussas, quæ supra expositæ sunt. Sed hoc ab initio et rebus integris, idest, tum cum is cui datum volumus, neque quid fecit, neque quid apud se habet, quo posito acquisitio rei sequeretur. Quod si acquisitio ex alia re pendebit, eamque rem is in se admisit, aut admissam apud se retinet: hic certo iure utimur, et vero naturæ consentaneum est, ut qui vult antecedentia, idem et consequentia admittere cogatur: quasi ipse eo facto hanc legem et velut necessitatem acquisitionis sibi imposuerit. Quod innumeris argumentis Iuris Civilis confimari potest. Sed uno atque altero contentus ero. Ex heredibus extraneis invito nulli hereditas aut bonorum possessio acquiritur. §. *ult. Inst. de her. qual. et diff.* *L.* 3. §. *bonorum*, *supr. de bon. poss.* sed acquiritur ab initio, ubi nihil dum ex ea hereditate obtinet.

tinet. Quod si ex parte institutus pro ea parte heres factus sit, deinceps deficientium coheredum portiones etiam invitus accipiet, quia hæ priori, quam habere cœpit, iunctæ sunt, et illam sequuntur. *L. qui ex duabus*, §. *ult. supr. de acq. her. L. unica*, §. *his ita*, *C. de cad. tol.* Item, nemo servos, animalia, fructus aliunde delatos invitus acquirit. At si hæc nascantur ex re nostra, nihil hic nostra scientia et voluntate ad ea acquirenda opus est. Acquiruntur illa non tantum ignorantibus, sed etiam, si id accidere potest, invitis. *L. 2. supr. de acq. rer. dom. L. qui scit*, *L. in pecudum*, *supr. de usur.* quandoquidem hæc ius earum rerum et caussam sequuntur, unde nascuntur. Ut si illæ nostræ sint, hæc quoque necesse sit naturæ quodam iure nostra fieri per consequentiam. *L. solum* §. 1. *supr. de rei vind. L. pen. in fin. supr. de acq. rer. dom.* In eadem caussa est omnino, quod per servos nostros acquiritur; nam si quid servus ex donationis, legati, aut alia quapiam caussa sibi traditum accipit, is eo facto constituit acquisitionem, facitque ut ea quodammodo ex persona sua initium capiat. Multoque citius dixeris constituisse eum stipulationem, et ex stipulatione obligationem, qui interposuit, quæ erant stipulationis. Hac acquisitione constituta consequens est, ut qui servum habet, idem etiam et illa quæ sunt servi, seu quæ a servo sunt; tanquam fructum servi admittat, itaque ut habeat, etiam necesse est: scilicet quia servus nihil suum habere potest, ac propterea quod ab eo quæsitum est, non potest apud eum consistere, sed necesse est ad dominum pertinere propter potestatem, quam dominus in servo habet. Hanc enim video rationem reddi huius acquisitionis in §. 1. *Inst. per quas pers. no. ac. L. acquiruntur*, §. 1. *supr. de ac. rer. do. L. placet*, *supr. de acq. her. et L. ult. infr. de stip. ser.* Quæ ratio manifeste huc spectat, ut statuat eam necessitatem rerum domino acquirendarum, quam dixi, per consequentiam eius potestatis, quæ iam ante domino constituta est. Itaque re alicui recta delata non mirum, si ei invito res non acquiritur; quia ipso recusante non est persona, per quam acquiratur. Ideo nulla necessitas est rei aut per se aut per alium acquirendæ. Quod contra fit, cum quid a servo quæsitum est. Ideo enim per servum acquiritur domino invito, quia est persona, quæ prius rem acquirit; et quidem secundum regulas iuris sibi traditum, aut cautum, volens, non invita: cuius deinde acquisitionem dominus propter potestatem, qua et servum et quidquid servi est, obtinet, admittere cogitur.
3 † Neque ideo vera non esse hæc ratio putanda est, quia quædam res sunt, quæ agnitæ a servo, tamen invito domino non acquiruntur; ut hereditas, et bonorum possessio. *L. acquiruntur*. §. 1. *supr. de acq. rer. dom. L. qui in aliena*, *supr. de acq. her.* Non enim dubito, quin secundum ius et vim potestatis idem quoque admitti oportuerit in hereditate per servum acquirenda, quod in cæteris rebus omnibus. Et factum esset omnino, nisi excepta esset hereditas. Quod consulto et summa ratione factum est, ne admissa hereditatis acquisitione dominus aliquando invitus obstringeretur hereditati propter potestatem. *d. L. qui in aliena.* Atque hoc modo eveniret, ut quæ potestas dominorum caussa constituta est, ea converteretur in dominorum perniciem contra omnem æquitatis rationem. *L. nulla*, *supr. de legi.* Hæc vero exceptio necessitatem acquisitionis, eiusque rationem confirmat in rebus aliis, quæ per servum quæsitæ si domino non prosunt, certe illum non onerant; ut sunt quæ legantur, donantur, aut ex alia caussa traduntur servo, quæve per stipulationem ab eo acquiruntur. Nec alia ratione defenditur, quod placuit et solutione et novatione cum alio interposita debitorem et ignorantem et invitum liberari posse: *L. solvendo*, *supr. de neg. gest. L. si debitor tuus. infr. de sol.* quam quod hæc liberatio huiusmodi quandam consequentiæ necessitatem habet. Prius enim alio solvente constituitur solutio in creditore volente: et alio novandi animo promittente, interponitur inter eum et creditorem novatio. Quibus constitutis, et veterem obligationem in eo in quo inerat sua sponte tolli necesse est. † Sed ut ad servum redeam, 4
cur in iis, quæ per eum acquiruntur, non prohibetur is saltem contra manifestam domini voluntatem quid accipere, aut stipulari, aut si quid contra fecerit, non irritum esse iubetur? Quia recte visum est etiam servis relinquenda esse, quæ pariter omnibus hominibus rerum natura tribuit: cuius generis hæc sunt, ut possint, quod datur, accipere, et quoniam mente et voluntate, et facultate sermonis præditi sunt, ideo ab aliis quidvis stipulari possint, et cum his contrahere: idque non verbis tenus, sed utiliter, idest, ita, ut quæ ad obligationem, aut acquisitionem natura comparata sunt, ex his etiam cum servus illa fecerit, obligatio et acquisitio nascatur, ne frustra hæc servis videantur relicta. Neque vero quia hac acquisitione constituta evenit

nit, ut quod quæsitum est, statim domino acquiratur, ideo hæc ita servis concedi iniquum aut domino iniuriosum est, posteaquam hæc acquisitio sine ullo dominorum incommodo contingit. Quinimo ita statui quam maxime ipsorum dominorum interest: et vero præcipue eorum caussa constitutum videtur. Nam etsi ab initio vetuit dominus servum accipere, aut stipulari; tamen voluntatem postea mutare potest, cum ex his caussis rem aut actionem acquiri sibi utile esse perspexerit. Quod si facit, habet iam illa sibi quæsita, quæ possit mutata voluntate pro suis exercere; quæ si ab initio quæsita non essent, nunc frustra requireret. Quod si inutilia hæc sunt domino revera: tamen melius est in re dubia illi spatium cogitandi dari, et hoc modo rem integram ei servare, quam acquisitione ab initio inutili constituta spem ei præcidere acquirendi id, quod postea utile esse iudicare potuisset. Denique etsi quæsita non prosunt: tamen cum illi non noceant, queri non debet. Nam si sua esse non vult, quæ quæsita sunt, et hoc dolet sua facta esse, est in eius potestate hoc consequi, ne sint eius, aut reum liberando, aut quod per traditionem nactus erit, alienando iustis modis, vel etiam, si videtur, proiiciendo et pro derelicto habendo.

5 † Ex his autem facile intelligi potest, quid valeat illud, *pene*, quod Caius addidit, cum ita definivit, *etiam invitis nobis per servos nostros acquiri pene ex omnibus caussis.* Nempe huc pertinet, quod omnes recte acceperunt, ut excipiatur hereditas, omnisque successio, quæ domino sine periculo æris alieni acquiri non potest. In cæteris caussis omnibus hoc servabitur, ut invitis nobis per servos nostros acquiratur. Nam si vel una in caussa id ius et æquum esse concesserimus, ut hoc loco in stipulatione, eadem ratio facit, ut probari debeat in omnibus. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Loquor de iis rebus, quæ ab uno ad alium transire possunt: quo in genere sunt res corporales, et incorporales, quæ in iure consistunt, idest, iura, ut ususfructus, obligatio, actio; de quibus *sub tit. Inst.*
6 *de reb. co. et inc.* † nam quæ sunt facti solius, ea non egrediuntur personam servi, ac nec possunt, cum personæ cohæreant. §. *sed cum factum, Inst. de stip. ser.* itaque nec volenti domino acquiruntur: *L. qui heredi, supr. de cond. et dem.* tantum abest, ut acquirantur invito. Huius generis cum sit possessio, facti nimirum, non iuris: *L. 1. §. adipiscimur, et §. si vir, supr. de acq. pos.* non mirum, si placet hac domino invito non acquiri; nam extra caussam peculiarem non nisi scienti acquiri constat. *L. peregre, §. quæsitum, supr. de acq. pos.* Ex caussa autem peculiari etsi placet ignoranti acquiri; tamen additur ideo id fieri, quia ex hac caussa intelligatur servus voluntate domini possidere hoc ipso, quod dominus ei peculium habere permiserit. *d. L. 1. §. item acquirimus, de acq. pos.* Sed si hoc eo fit, quia res facti ad dominum non transit, ut fit certe; si nobis constare volumus, longius progrediendum est, ita statuendum, possessionem nec volenti domino per servum acquiri; quod et verum est, si proprie loqui volumus. Nam cum ad acquirendam possessionem duabus rebus opus sit, animo et corpore; nunquam dominus animo solo servi, et servi corpore possessionem acquirit, sed ita, si ipse velit possidere. At hoc cum facit, animo et facto suo possidere incipit, non servi. Sed ideo dicitur possidere per servum, quia cum ad eum animum corporis detentionem accedere oporteat, in eo servi corpore utatur, non suo. *d. L. peregre, §. quæsitum, de acq. poss.* Quod tamen perinde accipiendum est, quasi uteretur suo; nam cuius corporis ministerio animus possidentis in ea re utatur, nihil refert: cum etsi uteretur ministerio sui corporis, alieno tamen uteretur, non suo ipsius. Et sane absurdum sit dicere servum possessionem domino acquirere posse facto suo, qui tenendo non possessionem ullam nanciscitur, sed tantum detentionem. *L. quod servus, supr. de acq. poss. L. stipulatio ista, §. hæc quoque, supr. eod.* Sed hæc de possessione obiter attigisse sufficiat; de ea alibi dicendum est. Nunc satis est intelligi huius exemplum non obstare, quominus vere definiatur, quidquid per servum acquiritur ex iis rebus, quæ subsistunt; quæ eædem ad dominum transire possunt, idque sine domini incommodo, id domino etiam invito iure acquiri. Hæc de æquitate acquisitionis huius necessariæ dicta sunt, quam autem nihil huic iuri adversentur superiores definitiones de rebus invito non acquirendis, cognoscamus. Ac primum supervacuum puto quærere, in illa definitione. † Invito beneficium non datur, *beneficii* verbum utrum de beneficiis iuris accipiendum sit, an de beneficiis privatorum, an de utrisque. Equidem si de eo interroger, respondeam *beneficii* verbo hic exprimi id, quod verbo significatur. Constat autem eo verbo significari, quidquid alicui præstatur gratis humanitatis et liberalitatis caussa, non tantum si iure tribui-

buitur, sed etiam si a privatis confertur in alios. *L. beneficium, supr. de const. prin. L. in commodato, §. sicut, supr. com. iuncta L.* 1. *et* 2. *supr. de prec.* Nec multum ad rem pertinere putem, quod definitio illa sumpta est ex libro singulari Pauli de assignatione libertorum; ubicunque enim scripta sit, et per cuiuscunque rei occasionem, generalem tamen fuisse apparet, certe rationem alterius rei probandæ caussa adhibitam. Non potuit autem si ratio fuit, non esse generalis; quoniam ex singularibus propositionibus nihil concludi potest. Sed et assignatio libertorum de qua agebat Paulus, privati beneficium est, non legis. *L.* 1. *supr. de ass. lib.* Sed supervacuum admodum est in eo laborare: cum si quid in ea definitione ambigue scriptum esset, tamen sequentibus regulis satis definiatur. Nam de beneficio privatorum, idest, de liberalitate seu donatione illa altera concepta est. Non potest liberalitas nolenti acquiri. *d. L. hoc iure, §. non potest, supr. de don.* quin etiam ne in donatione, aut alio beneficio vel publico vel privato ex his definitionibus hæreamus, de omni eo, quod alicui præstatur, quodcunque id sit, et a quocunque aut cuicunque præstetur, generalis illa definitio est, qua efficitur, quod cuique præstatur, invito non tribui. *d. L. invitus, §. ult. infr. de reg. iur.* Quæ ut non extaret, tamen hoc admisso in beneficio et liberalitate, quæ in alium conferuntur, invito nihil acquiri; nihil caussæ dici posset, cur in omnibus quæ præstantur alicui ex quavis alia caussa, non idem esset servandum: cum in his quæ dominium transferunt, omnis acquisitio duorum consensu perficiatur dantis et accipientis. *L. in omnibus rebus, supr. prox. tit.* Ne ergo in rebus non necessariis perdamus operam, concedo sine exceptione recte dici invito nihil dari, neque domino neque servo: liberalitatem item nolenti nulli acquiri, neque domino, neque servo; idque effici superiorum definitionum partim verbis, partim sententia. Sed non eo minus verum est invitis nobis per servos nostros acquiri; neque id superioribus sententiis negatur; observandum est enim diligenter, quid dicatur. Non dicitur invito nihil acquiri, aut invito res non acquiri. Quod si fieret, multis modis falsum reperiretur; et tamen si diceretur, fateremur ex his verbis nec domino invito quidquam acquiri posse, quamvis acquireretur per servum. Sed dicitur invito nihil dari, nihil præstari, tribuive; item liberalitatem nolenti acquiri non posse. Nego adversus ista quidquam fieri, cum domino invito per servum acquiri dicimus. Nego denique ea quæ per servum, aut per consequentiam alterius rei ulli acquiruntur, his verbis contineri. Nam ut de verbis, dandi, tribuendi prius respondeam, cum per servum quid acquiritur domino, quidquid id est, in eo nihil datur domino a quoquam, nihil præstatur; sed dominus a servo prius quæsitum, et ita in numero rerum suarum inventum suo iure occupat, nec accipit deinde: similiter ut occuparet ædificium, quod in sua area positum reperisset. Quod quamvis positum esset ab alio, et is qui ædificasset, per errorem possessionem domino tradidisset; tamen placet sic a domino occupari, ut is qui tradit, nihil videatur accipientis facere, sed rem suam dominus habere incipiat. Ac propterea negatur dominus cum eo qui tradit, ullum negotium contrahere, eique condictione teneri. *L. si in area, supr. de cond. ind.* Nec aliud iudicium est de segetibus, plantis, arboribus agro nostro impositis, cum hæ radices egerint; scriptum est enim in *L. si quis sciens, C. de rei vind.* quamvis extraneus imposuerit, tamen eas magis domini per solum suum fieri, quam per huiusmodi factum extranei. Eadem et fructuum omnium ratio est, qui ideo non iure seminis, sed iure soli a domino percipi dicuntur. *L. qui scit, supr. de usur.* Quod autem dicitur, non posse liberalitatem nolenti acquiri; etsi acquirendi verbum proprie ad dominos pertinet in his, quæ per servum acquiruntur; *L. placet, supr. de acq. her. L. acquiruntur, supr. de acq. rer. dom.* tamen liberalitatis verbum quo superior definitio utitur, non pertinet, si quid proponas servo ex donationis caussa traditum, aut stipulanti promissum esse. Quod enim a donatore in hunc confertur, liberalitatis est et donationis, utpote ab eo collatum, qui nullo iure cogebatur. *L. donari, infr. de reg. iur.* Quod autem a servo quæsitum, deinde a servo ad dominum transit, est necessitatis: non enim transit, qua servus velit, sed quia quæsitum retinere non potest *d. L. placet, supr. de acq. her.* nisi quis putet, quod servo donatur, etiam in persona domini donationem haberi debere, quia totum ab eodem donatore profectum sit, nihil a servo. Quod non ita est. Hoc enim a servo est, quod traditum accipit, aut oblatum stipulatur, sine quibus nulla omnino foret domini acquisitio. Ac ne quis dicat, cum servus hæc facit, ea potius domini facta debere existimari, quam servi, quasi servus aliter facere non po-

potuerit; sciendum est nihil istorum cogi facere servum: sed esse in eius potestate, quamvis iubente domino nolle accipere aut stipulari *L.* 3. *C. de her. inst.* Ut consequens sit, si accipit, et stipulatur, quod id facit, uni eius voluntati et facultati acceptum ferri debere. Quod attinet ad debitorem, quem invitum liberari posse diximus, cum aut creditori ipsi solvitur ab alio, aut creditor cum alio novationem interponit: perspicuum est ut de eo quoque respondeam, multo minus ad hunc superiora verba pertinere: huic enim nihil datur, quod accipiat, sed creditori. Si quid inde ei bene fit, id in eo est, non quod ei datur quid, aut ipse acquirit, sed quod onus ei detrahitur. Quo dectracto fit ille quidem locupletior; non tamen quia accipit, sed quia ei de suo nihil adimitur. Hæc de verbis superiorum definitionum non minus vere, quam commode ad eius iuris, de quo agitur, explicationem dici videntur. Quod si apud aliquos obtineri non potest, quin existiment sententias verbis generales esse, atque hoc exprimere, nulli invito res acquiri, ne domino quidem per servum, adiiciam, quod verbis etiam generalibus admissis non incommode respondeatur, ut his quoque satisfiat. Dicemus nimirum quantumvis verbis omnem acquisitionem illæ contineant, nihilominus vim et potestatem seu sententiam earum eandem hanc esse, ut ad eos solum, quibus per se et principaliter acquiritur, pertineant, non etiam ad eos, quibus acquiritur per alios, et per consequentiam. Idque hac ratione, quæ in omni iure observetur, quod ubique species deroget generi: cuius dicti vis hæc est in legibus, ut si qua lex aut sententia generaliter scripta est, non videatur ad eas species pertinere, de quibus alia parte iuris specialiter cautum est. *L. in toto iure, infr. de reg. iur. L. sanctio, infr. de pre.* Quod ius plane huic parti iuris convenit. Nam si concedemus superiorum definitionum verbis omnem acquisitionem contineri. Nempe in personis eorum, quibus acquiritur, generales erunt hæ sententiæ, Invito beneficium non datur; Invito nihil præstatur; Nolenti liberalitas acquiri non potest. Eorum autem quibus acquiritur, species sunt duæ, ii, qui per se acquirunt, et ii quibus acquiritur per alios. De hac posteriore specie ius constituitur specialiter, cum traditur quid servis nostris, aut per eos acquiritur; id nobis etiam invitis per eos acquiri. Proinde hanc speciem ex generalibus illis definitionibus eximi intelligendum est, eoque nec illas ad hanc speciem pertinere.

† Reliquum est, ut occurramus ei rationi, 8
quam extremo loco obiiciebamus. Erat autem hæc; ideo per servum domino acquiri stipulationem, quia stipulatio servi sic acciperetur, quasi dominus ipse videretur stipulatus; quasique vox servi intelligeretur vox domini fuisse. *d. L. quodcunque, supr. eod. §. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip.* Etsi hanc huius acquisitionis rationem esse negari potest; nusquam enim aperte hæc ratio redditur: tamen ut concedam esse, nihil officit sententiæ huius loci ita existimari. Nam et tunc cum dominus aperte vetuit, ne servus stipularetur; vere tamen dicam eum perinde haberi, quasi ipse stipulatus esset; nempe quia illi acquiritur, non aliter, quam si ipse esset stipulatus. At enim constat eum stipulatum non esse, atque adeo nec potuisse stipulari invitum. Ita est, si quis naturam spectet: at iure perinde habetur, quasi stipulatus esset: non quia contra naturam putetur id fecisse; sed quia dum iure placet ei invito acquiri, eum fructum percipit ex stipulatione servi, quem habiturus foret, si ipsemet sibi esset stipulatus, etsi verum sit eum neque stipulatum esse, neque adeo stipulari potuisse. Ita non quia id fecerit perinde habetur; sed quia eius facti effectum consequitur. Idque ita esse exemplo furiosi facile intelligi potest. Nam cum stipulatur furiosi servus, multo certius est non posse natura videri furiosum esse stipulatum, et tamen non minus de eo vere dicitur perinde eum habendum, quasi ipse stipulatus esset: quia scilicet et hic per servum acquiritur furioso. *L. si a furioso, supr. prox. tit.*

Ad L.

Ad L. Si quis ita stipuletur. 63.

Africanus lib. VI. *Quaestionum.*

Si ita quis stipuletur, *sive navis ex Asia venerit*, *sive Titius consul factus fuerit*: utra prius conditio extitisset, stipulatio committetur: et amplius committi non potest. Sed enim cum ex duabus disiunctivis conditionibus altera defecerit: necesse est ut ea quæ extiterit, stipulationem committat.

SUMMARIA.

1. *Conditionis unius et plurium obligationi adiectarum eadem vis.*
2. *Conditionibus pluribus adiectis an omnes exsistere necesse sit, an unam dumtaxat.*
3. *Disiunctivæ conditionis vis.*
4. *Conditionibus duabus disiunctim stipulationi adiectis, si utraque exstiterit, utrum ex ea, quæ prius exstitit, stipulatio committatur, et quæ dubitandi ratio.*
5. *Stipulatio ex duarum disiunctivarum conditionum altera, quæ prius extitit, semel commissa, an existente postea et altera conditione iterum committatur.*
6. *Disiunctivæ particulæ* Seu, Sive, *interdum coniungendi vim habent, et pro adiunctis significationem variant.*

1 Conditione obligationi adiecta constat hanc vim esse conditionis, ut in eius eventum differatur obligatio. §. *sub conditione*, *Instit. eod.* Proinde si quid sub conditione promissum sit, tum deberi, cum conditio extiterit; ante nihil deberi. *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* de qua vi dixi ad *L. eum*, *qui Calendis*, §. *ult. supr. eod.* Ita semper conditionem stipulationis existere oportet, ut quid debeatur. Nec vero alia vis est conditionis, cum una obligationi adiecta est, alia, cum plures. Quibus positis potuit consequens videri, quemadmodum conditionem, quæ una adiecta sit, impleri oportere constat; ita oportere et omnes, cum plures stipulatione fuerint comprehen-
2 sæ. † Inde quæsitum, an pluribus adiectis conditionibus omnes exsistere necesse sit; an unam dumtaxat. In quo hæc distinctio servatur ex verborum significatione sumpta, ut si quidem coniunctim plures adiectæ sint, veluti si navis ex Asia venerit, et Titius Consul factus fuerit, dabis? Omnes impleri necesse sit: si disiunctim, veluti, si navis ex Asia venerit, aut Titius Consul factus fuerit, dabis; sufficiat [1] unam existere: idque sive conditiones in faciendo conceptæ sint, ut superiores; sive in non faciendo, ut si superiores negative concipiantur. Distinctio tradita in *L. si quis ita*, 129. *infr. L.* 5. *supr. de cond. inst.* exempla addita sunt in *d. L. si quis ita.* At enim omnis conditionis obligationi adiectæ vis hæc est, ut nisi exstiterit, nihil debeatur. Ita est. Sed intelligendum est pluribus conditionibus comprehensis tum omnes obligationi adiici videri, cum coniunctim comprehensæ sunt: coniunctio enim omnes simul exigit. Quod si disiunctim adiectæ fuerint,
hic unam dumtaxat adiici, non plures. † Id- 3
que ex eo manifestum est, quod in disiunctivis conditionibus, quales sunt superiores, quæcunque exprimitur conditio, exprimitur sub conditione, si altera non extiterit: exprimitur denique, ita ut ea constituta simul altera removeatur. Cum enim dico, si navis venerit ex Asia, aut si Titius Consul factus fuerit, dabis? Perinde est, ac si ita dixissem, dabis, si navis ex Asia venerit; aut si navis non venerit? dabis, si Titius Consul factus fuerit? Vis hæc est, et significatio harum particularum disiunctivatum *aut*, *vel*, et similium. Hoc autem iure posito, ex duabus conditionibus disiunctivis satis esse ad stipulationem committendam unam exsistere; expeditum est, quid sequamur, si forte una defecerit, altera extiterit. Neque enim dici potest stipulationem committi posse ex ea conditione, quæ non exstitit. Ita necesse est, quod Africanus hoc loco in extremo responso scribit, ut stipulatio ex ea, quæ exstitisse proponitur, et sola et semel tantum committatur. Quod si utraque conditio extiterit, hic duo quesita sunt: unum, utrum ex ea quæ prius extitit, stipulatio committatur: alterum, si committitur, an etiam committatur iterum ex ea, quæ postea extitit.

1) Quid si disiunctim plures negativæ. Si illud aut illud non dederis? Hanc stipul. committi si utrumque non fiat, licet alterutrum fiat, videtur arguere. *L.* 13. §. 2. *de reb. dub.* ad quod vid. Don. noster *ibid.* et *Rob.* 2. *rec. lect.* 22.

titit. Quibus de rebus est hoc responsum Africani. Id enim is scribit, quod plane ad utriusque quæstionis decisionem pertineat. Ait enim, utra prius conditio extitisset, stipulatio committetur, et amplius committi non potest. Sed cur hic dubitatur? neque enim temere est, quod Africanus de his respondet, qui non nisi de rebus obscuris et subtilibus tractare consuevit; quales solent esse res in libris quæstionum, ex quibus esse hoc resposum inscriptio declarat. Et priore constituto de posteriore minor dubitatio futura est: efficitur enim ex priore, ut postéa dicetur.
4 † Sed de priore dubitandi caussa est duplex, cum eam conditionem spectandam dicit, quæ prius exstitisset. Nam primum si regulas iuris sequimur de iis, quæ sub disiunctione deducuntur in stipulationem, potius dixeris, quæ posterius conditio extitisset, ex ea stipulationem committi. Ut enim in rebus cum illud aut illud promissum est, et non est certum natura, quid ex iis cuique sit minus, promissoris electionem esse placet, ut det, quod sibi putat levius aut commodius: *L. plerunque in fin. supr. de iur. dot.* ita ubi constat quid sit minus, id ipsum solum ex rebus disiunctim comprehensis in stipulationem venisse intelligitur; et in summa ubique id, quod utilius est promissori. Ex quo in summis id quod minus; in temporibus id quod longius est, videretur in obligationem deductum. *L. Si ita stipulatus*, 12. *supr. L. si ita stipulatus.* 109. *infr. eod.* Atqui et in conditione tempus inest. Nihil enim interest, utrum dicam, si navis ex Asia venerit, aut si Titius Consul factus fuerit, an vero cum navis ex Asia venerit, aut cum Titius Consul factus fuerit. *L. quodcunque*, *§. non solum*, *supr. eod.* L. *si Titio*, *supr. quan. di. leg. ce.* Tum autem quis ignorat longe utilis esse promissori rem deberi ex ea conditione, quæ posterius exsistet, quam ex ea, quæ iam prius extitit, ac si illi potestas fiat eligendi, illum longius tempus esse electurum? Quod si regulam iuris de temporibus, et aliis rebus disiunctim comprehensis traditam putamus huc non pertinere; at certe ex voluntate contrahentium videtur in his conditionibus disiunctivis ordo scripturæ servandus, ut si prius navis ex Asia venit, ex eo eventu statim stipulatio committatur, quia priore loco posita sit hæc conditio: sed si prius Titius Consul factus est, non committatur stipulatio statim; quia hæc conditio adiecta sit posterius. Consentaneum enim esse dixeris, ut pluribus rebus expressis id prius spectari et servari velint contrahentes, quod priore loco posuerint. arg. in *L. si communis*, *in fin. infr. de stip. ser.* Et de electione, quæ pluribus rebus disiunctim in stipulationem deductis promissori datur, prius respondebo. Sic autem de ea ius est, ut in hac disiunctione toties illa promissori detur, quoties res inter quas disiunctio est, conferuntur in factum ipsius promissoris: veluti cum agitur, ut det Stichum aut Pamphilum, det decem aut quindecim, det decem post unum aut duos annos. Tandiu enim iure esse debet in arbitrio promissoris, quid fiat, quandiu et natura in eius potestate esse potest, ut hoc aut illud fiat. *L. 2. §. Scævola*, *supr. de eo quod cer. lo.* At quoties res disiunctim comprehensæ conferuntur in factum et potestatem naturæ, ut accidit in duabus conditionibus disiunctivis, quæ ex casu pendent, quales sunt illæ, si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit; in his non potest alias esse electio, et statuendi potestas, quam huius ipsius naturæ, in quam conferuntur. Ut dicendum sit utrum prius natura evenerit, id servandum esse; idque ipsum et conceptione stipulationis agi intelligitur. Quare quod dicitur duobus temporibus disiunctim adscriptis, spectari longius, in certis temporibus, et quæ solutioni adiiciuntur, recte dicitur; quoniam solutio huius aut illius temporis versatur in facto promissoris. In pluribus conditionibus disiunctivis obligationi adiectis locum habere non potest: ex his enim nulla pars obligationis, de qua agitur, ponitur in promissoris facto, sed totum in eventu et potestate naturæ. Postremo ubi in disiunctivis stipulationibus aperte comprehensum est, ut stipulatoris electio esset, constat hanc promissoris non esse, sed stipulatoris iuxta conventionem. L. *si quis stipulatus.* 112. *infr. eod.* Non convenit igitur ne tum quidem electionem esse promissoris, cum hanc in alterius cuiusvis voluntatem collatam esse constabit. Quod si una conditione prius existente non neget reus, quin stipulatio invito se commissa sit, sed, ea commissa, postulet alterius conditionis eventum expectari, ut illa existente eligat postea ex utra stipulatione solvat, nihil proficiet: quoniam stipulatio ex unius conditionis eventu semel commissa, amplius ex altera conditione committi non potest, ut Africanus subiicit, de quo postea. De ordine scripturæ, qui in his conditionibus disiunctim exprimendis servatus est, sit hoc responsum, nunquam ordinem scripturæ quidquam ad rem facere, ubi

ubi constet sententiam contrahentium non esse hanc, ut in rebus expressis una prius spectetur, quam altera. Quod in conditionibus duabus disiunctim adscriptis accidit. Cum enim ita stipulor, Dabis, si navis ex Asia venerit, aut Titius Consul factus fuerit? Perinde est, ac si ita dictum esset, Dabis, si navis venerit ex Asia; aut si illa non venerit: dabis, si Titius Consul factus fuerit? Quorum posteriorum verborum hæc vis est, ut des Titio Consule facto, quamvis nondum navis ex Asia venerit. Denique hic stipulatio confertur non in hanc, aut illam conditionem certam, sed ex duabus in eam quæ exsistet. Proinde utra prius extiterit, hæc verbis stipulationis designata est, ideoque et stipulationem committet. Recte igitur prius illud statuit Africanus, utra prius conditio exstitisset, stipulationem committi; in quo etiam verba eius observanda sunt. Non dixit, si una conditio extitisset, stipulationem committi: quanquam et hoc verum est; sed nominatim, *utra prius extitisset*; ut significaret, etiam si ea quæ posteriore loco scripta est, prius exstiterit; tamen hanc spectandam, neque attendendum ordinem scripturæ, rem ibi supervacuam, ubi constet de voluntate con-
5 trahentium. † Hoc constituto stipulationem in proposito committi, *utra prius conditio extitisset*; consequens est, quod adiecit Africanus, quamvis altera conditione postea existente, stipulationem amplius committi non posse. Quorum utrumque etiam ab Ulpiano scriptum legimus in *L. cum quærebatur*, *infr. iud. sol.* hoc inquam, ex priore illo efficitur. Dicitur enim stipulatio committi, cum existente stipulationis conditione pecunia inde deberi incipit. §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Quæ ergo res incipiat deberi ex proposita stipulatione, ubi semel commissa est, utrum alia: quam quæ prius fuit debita? At res una promissa est sub duabus disiunctivis conditionibus, et quamvis plures essent promissæ; tamen conditione una existente semel omnes cœperunt deberi. Utrum eadem? At eadem res ex eadem stipulatione non magis iterum deberi potest, quam quod nostrum est, amplius nostrum fieri. §. *sic itaque*, *Inst. de action.* Nam nec iterum promissa ex nova stipulatione deberetur. *L. quis bis*, *supr. eod.* Si res plures continerentur stipulatione, et existente una disiunctiva conditione, stipulatio de una re commissa esset, posset dubitari, an de alia re iterum committi posset. Quæ quæstio est: *L. si ita stipulatus*, 133. *infr. eod.* At ubi una res, et, ut loquitur Ulpianus, *una caussa inest stipulationi*, eodem auctore stipulatio amplius, quam semel committi non potest. *d. L. cum quærebatur*, *infr. iud. sol.* Utrumque igitur verissimum est, quod Africanus respondet, re sub duabus disiunctivis conditionibus promissa, et stipulationem committi, utra prius conditio extiterit; et commissam amplius ex altera conditione committi non posse. Sed utrumque inquam, hac conditione, si quidem duæ conditiones non coniunctim adscriptæ sint, sed disiunctim. Id quoniam ille factum pro certo habet in hac specie, quam proponit, *sive navis ex Asia venerit*, *sive Titius Consul factus fuerit*, dare spondes? Etiam de eo quæsitum est, quam recte hoc statuerit; Neque enim, ut video, usquequaque est expeditum. † Nam et hoc verbum, *seu*, 6
et quod idem est, *sive*, interdum etiam coniungendi vim habet. Ut in hoc legato: uxori meæ mundum, ornamenta, *seu* quæ eius caussa paravi, do lego, *seu* accipitur pro *et*. Placet enim non hæc, aut illa legata esse, sed coniunctim omnia, id est, et priora duo, et simul posteriora: itidem ut in illo legato, Titio vina quæ in urbe habeo, *seu* quæ in portu, do lego. *L. si quis ita*, *supr. de aur. et arg. leg.* Hoc quidem Paulus de verbo, *seu*, sed eadem opera et de verbo, *sive*, idem respondit. Sunt enim hæc duo eiusdem omnino significationis. Planeque idem legatum futurum esset, et si ita scriptum esset, mundum, ornamenta, sive quæ eius causa paravi; aut, quæ in urbe habeo, sive quæ in portu. Unde apparet utrumque si non semper pro coniunctione valet, at certe ut alias disiungendi, ita et interdum coniungendi significationem habere; ita fit, ut videatur ambiguum. Quod si in specie proposita de significatione horum verborum recipimus, quid restat, nisi ut secundum regulam iuris ambiguitatem contra stipulatorem interpretemur? *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. L. quidquid*, *infr. eod. L. cum quæritur*, *supr. de reb. dub.* At hac regula posita non efficitur illud, quod quidam putant, ut verbum, *sive*, hic pro disiunctione accipiendum sit, sed contra ut pro coniunctione, qua duæ conditiones coniunctim exigantur, contra quam Africanus voluit. Quid est enim promissori commodius? Nempe quod illi levius, et quo fit, ut minus obligetur. Atqui longe minus obligatur, qui non nisi sub duabus conditionibus debet, quam qui sub una dumtaxat. Si quidem conditio obligationi iniecta debitori non est onus, ne quis

forte

forte existimet pluribus adscriptis coniunctim conditionibus quasi pluribus oneribus impositis duriorem fieri conditionem promissoris, stipulatoris meliorem. Levamentum est potius, et quidem eiusmodi, quod multum remittit de onere obligationis. Nam si non existit, nihil debetur: si existit, tamen obligatio multoque magis solutio in id tempus differtur. Itaque quo plures conditiones adiectæ fuerint, quas existere oporteat, eo fiet in omnes partes promissoris obligatio levior. Quot enim erunt conditiones, tot erunt impedimenta contrahendæ obligationis, tot cum minimum dilationes promissori ad solvendum constitutæ. Quapropter ut dixi, si in hac stipulatione *sive navis ex Asia venerit, sive Titius Consul factus fuerit*, ambigua oratio est, et ex verbis tam coniunctim conditiones adiectæ accipi possunt, quam disiunctim, ut nonnulli concedunt; non hic disiunctim positas interpretari debemus, sed coniunctim; quia hoc promissori utilius, eademque de caussa contra stipulatorem. Ex quo quærendi causa, satisne recte Africanus responderit de specie proposita, tanquam de ea quæ habeat duas conditiones disiunctivas. Quis enim ea varietate significationis probata, quam ostendi, neget in his verbis *sive*, *et seu* ambiguam esse orationem? Nos vero negabimus in hac specie ullam eorum verborum esse ambiguitatem. Non quod non interdum pro coniunctione accipi possint: sed quia non in omni oratione cui adhibita sint, possint sic accipi; sed in certis quibusdam; ex quo genere non est conceptio ea, quæ nunc proponitur. Ac de eo ita statuendum est, verbum *sive*, et verbum *seu*, adiunctis discerni, et pro adiunctis variare significationem. Cum adiunguntur verbis non aliam significationem recipiunt, quam disiungendi. Ut cum dico, sive navis venerit ex Asia, sive Titius Consul factus fuerit. Quod fit in exemplo huius loci; ubi hoc dici intelligitur, si vel navis venerit, vel si Titius Consul factus fuerit. Neque vero aliter accipi potest. At cum adiunguntur hæc verba rebus, seu cum in eumeratione plurium rerum inter eas ponuntur, ut fit in his exemplis duobus, quæ supra retulimus, tum coniungendi potius habent significationem. Id autem non tam intepretatione voluntatis efficitur, quam ratione recti sermonis ita exigente. Nam cum dico, sive navis ex Asia venerit, sive Titius Consul factus fuerit, nisi utrobique in hoc verbo *sive* intelligitur conditio *si*, ut sit, si navis venerit, si Titius Consul factus fuerit, nulla idonea sententia effici potest. Nihil enim exprimo, si dicam, dabis *et* navis venerit ex Asia, *et* Titius Consul factus fuerit. Quoties autem in verbo *sive*, intelligitur *si*, tum verbum compositum esse apparet ex *si*, et disiunctiva particula *ve*, quæ idem valet in compositione, quod *vel*, ita sententia orationis, et ratione sermonis sic flagitante in huiuscemodi structura orationis, qualem dixi aperte disiunctionis particula et significatio demonstratur: neque vero salva ratione loquendi alia potest intelligi. At cum ita dico, mundum, ornamenta, *seu* quæ illius caussa paravi; item, vina quæ in urbe habeo, *sive* quæ in portu; et generaliter cum verbum, *sive*, adiungitur rebus, non verbo actionem aut passionem significanti, hic non potest id verbum sic accipi, ut habeat in se conditionem: cum nulla sit conditio, nisi ita concepta, si quid fiat, aut non fiat. §. *sub conditione*, *Instit. eod.* Nulla autem eiusmodi actio possit intelligi in rebus, seu in nominibus corpus aut rem significantibus: neque enim recte dicam, neque adeo hic naturalis sermo sit, do lego mundum, ornamenta, *si* ea quæ eius caussa paravi, ubi in postremis his verbis nihil aliud adiiciatur, quo factum conditionis proprium declaretur. Quod si tum in verbo *sive*, aut *seu*, non intelligitur particula conditionalis *si*, ne illa quidem altera disiunctiva, *vel*, ex qua verbum componitur, intelligetur, ut significetur *vel si*; cum una posita continuo statuatur altera, ut accidit in rebus compositis. Ita fit, ut dum in posterioribus huiusmodi orationibus verbum, *sive*, pro disiunctione accipi non potest, necesse sit accipi pro coniunctione. Idque ita tandiu faciendum erit, quandiu ita verbis *sive*, aut *seu*, non subaudietur verbum, *mavis*, aut illa, *magis placet*, ut sit, sive *mavis*, seu *magis placet*, hoc modo; uxori meæ mundum, ornamenta, seu mavult, quæ eius caussa paravi, do lego: Titio vina, quæ in urbe habeo, seu mavult, quæ habeo in portu, do lego. Quod ubi intelligendum sit, ex mente loquentis æstimandum est. Certe nisi aperte constet eum id sensisse, non temere a verbis erit recedendum. L. *non aliter*, *supr. de leg.* 3. unde eveniet, quod Paulus scribit in *d. L. si quis ita*, *supr. de aur. et arg. leg.* ut in re dubia verbum, *seu*, ampliandi legati caussa positum intelligatur.

Ad L.

Ad L. Huiusmodi. 64.

Idem lib. VII. *Quaestionum.*

Huiusmodi stipulatio interposita est: *si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* post triennium conditio extitit. An huius temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse, ita ut in ea eorum quoque annorum qui ante impletam conditionem intercesserint, præstatio in id tempus collata intelligatur: ut sententia eius sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit: in annos singulos, etiam præteriti temporis habita ratione, dena præstentur.

SUMMARIA.

1. *Quæstio legis et dubitandi ratio.*
2. *Stipulatio præpostera olim inutilis hodie valet*; et n. 4. *ubi iuris tam a veteribus hoc in genere recepti, quam a Iustiniano constituti redditur ratio.*
3. *Stipulatio Africano hic proposita, præposteræ stipulationi, quæ a Iustiniano confirmatur, est dissimilis.*
5. *De præstationibus annuis vel menstruis, quæ sub conditione promittuntur, definitio generalis.*
6. L. Cum quidam, in pr. supr. de usur. *explicatur.*

1 PRoponitur stipulatio, cuius de parte quæritur, an valeat. Sic autem proponit Africanus. *Huiusmodi stipulatio*, inquit, *interposita est: si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos decem dare spondes?* post triennium exstitit conditio. Quærit, an huius temporis, idest, triennii præteriti nomine agi possit. Hoc de una parte stipulationis recte quærit; nemo enim dubitat, quin decem annua sub conditione recte promittantur, ut tunc incipiant deberi, cum conditio extiterit. In quo solum decem annua insequentis temporis promittuntur. Quæ per se utiliter in stipulatum deducuntur, ea non minus promittuntur utiliter, etsi adiectis præteriti temporis decem annuis, una conceptione verborum promissa fuerint: quantumvis placeret stipulationem præteriti temporis nomine esse inutilem. Quod enim adiicitur inutiliter, placuit pro non adiecto haberi, et quod iure promitti potuit, peti posse, etiam in usuris. *L. placuit, sup. de usur.* et generaliter utilem stipulationem per inutilem non vitiari. *L. 1. §. pen. supr.* Recte ergo solum quærit, an eius præteriti triennii nomine agi possit. Non quærit autem id simpliciter, sed ita, ut dicat, an agi possit, non immerito dubitari. Nec quidquam adiicit præterea ad caussam eius dubitationis significandam. At quamobrem dubitatur; cum huius temporis nomine id deductum sit in stipulationem, quod natura potest præstari? Quid enim sunt dena singulorum trium annorum præcedentium, nisi triginta, si in unum colligantur? Hæc triginta quandoque præstari posse nemo dubitat. Dices illis annis singulis decem debita non fuisse, cum nondum extitisset conditio stipulationis: absurdum esse ea exigi, quæ non fuerint debita. Sed nihil ad rem pertinet, qua in caussa fuerint ante, quam conditio existeret, si postquam extitit, debentur. Atqui si promissa sunt sub conditione, hac impleta debentur omnino, ut accidit in rebus sub conditione promissis omnibus. *L. a Titio, infr. eod.* nec vero ulla debendi caussa est certior, quam stipulatio, §. *de constituta, Inst. de act.* Quid verbis opus est? ipsas etiam usuras annuas, vel menstruas constat sub conditione hoc modo promitti posse, ut si sua die sors soluta non erit, tum usuræ præstentur non tantum ex eo tempore, quo conditio extitit, sed etiam ex die interpositæ stipulationis. *L. lecta, in fin. supr. si cert. pet.* Idque in fructibus fundi certo die promissi, cuius fructus ex die interpositæ stipulationis in stipulatum deducti essent, si fundus sua die datus non esset, ita probavit Paulus ibidem, ut præteriti temporis fructus ita recte promitti extra omnem controversiam poneret. Si hoc in accessione recipitur; multo magis in re principaliter promissa, quæ pro arbitrio contrahentium deberi potest, qualia sunt *decem annua*, recipiendum est. Cur ergo ait Africanus, an de his præteriti temporis nomine

mine agi possit, non immerito dubitari? Et nulla esset dubitatio, si de ipsa pecunia præcedentis temporis tantum quæreretur. Sed eius dandæ tempus alienum, et quo dari non potest, adiectum videtur. Nam quæ sub conditione promissa est, ea videtur promitti dari ex hac die, idest, multo ante, quam conditio extiterit. Hæc adiectio temporis in proposito dubitationem
2 fecit. † Hanc enim stipulationem constabat olim esse inutilem, si Titius post hanc diem Consul factus fuerit, hodie dare spondes. §. *item si quis*, *Instit. de inut. stipul.* cuius generis illa esse videtur, quæ nunc proponitur. Etsi autem de illo genere stipulationis aliud constituit Iustinianus, cui placuit esse utilem. *d.* §. *item si quis*, tamen quia de sententia Africani nunc quæritur, videndum est, quid illo iure stante ipse re-
3 spondeat. † Ostendit nimirum propositam stipulationem non esse superiori similem. Nam in proposito eorum quidem annorum qui ante impletam conditionem intercesserint, præstationem etiam in stipulationem deduci; sed in id tempus impletæ conditionis eam præstationem collatam intelligi. Idque ex eo evidenter apparet, quod decem annua promittuntur dari *tum*: quod verbum ad universam promissionem dandi refertur, significatque extremum illud tempus, quo Titius Consul factus fuerit, quod tempus ante positum erat. *L. 4. in fin. supr. de cond. et dem.* At enim additum est *ex hac die*. Nempe hæc verba ita accipi debent ex sententia contrahentium, ne pugnent cum eo, quod prius placuit; ut res sit in tuto. *L. quoties in stipulationibus*, *infr. L. ubi*, *supr. de reb. dub.* Sic ergo accipientur, ut referantur non ad id tempus, quo decem annua dari debent; sed ad id, cuius nomine dari debent; ut sit sententia hæc, quam Africanus dicit, ut scilicet dena præstentur in singulos annos tunc quidem solum, cum Titius Consul factus fuerit; sed tamen ita, ut præstentur etiam habita ratione præteriti temporis, quod inter stipulationem interpositam et impletam conditionem intercessit. In summa ut præstetur pecunia eius temporis, non eo tempore. Sed hæc dicta sunt, ut sententia A-
4 fricani hoc loco intelligatur. † Cæterum hodie nihil ista defensione est opus. Si quis enim quod stipulatur sub conditione, idem stipuletur ex hac die, etiamsi non addiderit articulum, *tunc*; imo vero etiam si non *ex hac die*, sed aperte et simpliciter *hodie* dixerit; tamen Iustinianus probavit stipulationem. *d.* §. *item si quis*, quæ constitutio, si auctoritatem constituentis spectamus, omnem dubitationem sustulit. Sin rationem et æquitatem iuris quærimus, verendum est, ne illa in constitutione Iustiniani desideretur: ac proinde ne ab æquitate eandem nobis reliquerit dubitationem. Videtur enim constitisse ratio veteribus, cur statuerent superiorem stipulationem esse inutilem. Cur autem Iustinianus id mutaret, nullam fuisse: certe ille nullam reddidit. Sed ne hic etiam requiramus æquitatem constitutionis Iustiniani, utque hoc modo omnis hic dubitationis caussa penitus tollatur, non erit alienum ab hoc loco paucis ostendere, quid veteres in illa sententia, quid Iustinianum in contraria moverit, ex quo etiam, quam recte constituerit Iustinianus, intelligetur. Cur illa stipulatio inutilis visa sit, si navis ex Asia cras venerit, hodie dare spondes, hæc ratio redditur apud Iustinianum in *d.* §. *item si quis*, quia præpostere concepta est. Et est ita omnino. Sed hæc ratio longius progreditur. Hoc enim efficit, ut videatur stipulatio continere id, quod natura, aut iure fieri non potest; conditione namque posita hoc agitur, ut prius quam illa extiterit, nihil debeatur, nihil detur: atque adeo iure deberi potest. His autem verbis *hodie dare spondes*, id agitur, ut *hodie* dari oporteat. Hoc vero ius non patitur; ut autem etiam dari oporteat, quod non debetur, idest, quod non oportet, ne natura quidem ipsa concedit. Nec vero dubium est, quin ita statui oportuerit, si in verbo, *hodie*, subsistimus. Quod veteres fecerunt. Sed longius eundum est, et videndum, quid amplius velint, et in stipulatum deducant contrahentes: ac si stipulator aliis quoque diebus stipuletur dari, quibus recte dari potest, curandum, ut his dari debeat, inutilibus aliis reiectis: ut fiat scilicet, quod initio dixi, ut quæ inutiliter adiecta sunt, habeantur pro non adiectis; cætera integra serventur. *d. L. placuit*, *supr. de usur.* At qui stipulatur dari hodie, etsi verbo hoc tantum die stipulatur; sententia tamen eius est; ut detur quidem hodie si obtineri potest, sed ita, ut si hodie non datur, non minus detur aliis omnibus insequentibus diebus; iis maxime, qui eventum conditionis sequentur, quibus res incipiet iure deberi. Idque ex eo intelligitur, quod si quis stipularetur simpliciter hodie sibi dari, vis hæc esset stipulationis, ut non tantum eo die dari deberet, sed perpetuo donec pecunia soluta esset. Nec aliud sentit promissor, cum hodie promittit. Hanc sententiam verborum secutus Iustinianus, et adhibita præterea superiore regula de inutili-

tilibus reiiciendis, recte superiorem stipulationem recepit. Primum illud, *hodie*, ut inutiliter adiectum et contra naturam stipulationis conditionalis, pro non adiecto habuit dictante regula superiore. Quo fit, ut ea stipulatione de qua agitur non videatur cautum, ut ante impletam conditionem quidquam detur. Quod reliquum est temporis post conditionem impletam; eo tempore dari voluit, atque hactenus stipulationem valere: quia ut tum quoque daretur, stipulatione actum est, et ut actum est, ita potest præstari natura. Sublata est igitur, ut dixi, hac constitutione omnis
5 dubitatio de proposita specie. † Ac iam sine hæsitatione ulla de præstationibus annuis vel menstruis omnibus, quæ sub conditione promittantur, ita definiendum; Quoties hæ præstationes, ut decem annua, usuræ annuæ, aut menstruæ, item fructus in stipulatum deducuntur, licere eas res ita stipulari sub conditione, ut simul stipulemur eas dari ex die interpositæ stipulationis. Quibuscunque autem verbis significetur id placere, stipulationis hanc vim esse, ut existente eius conditione non solum incipiant deberi sequentis temporis pensiones, sed etiam quæ præterierunt, statim debeantur, ac statim peti possint. Nec ad rem pertinere, quod præteriti temporis pensiones indebitæ fuerint, cum in stipulatum deductæ sunt. Ab initio enim in ea caussa fuisse, ut sunt et res quævis aliæ sub conditione promissæ: sed post impletam conditionem incipere ex stipulatione recte deberi. Ne illud quidem officere stipulationi, quod de tempore comprehensum est, ut eius quoque totius temporis, quod stipulationem sequitur, et ante impletam conditionem intercedit, præstentur pensiones ex hac die. Hoc enim de tempore præsenti additum esse, non ut eo tempore præstarentur, sed ut intelligeretur hoc agi, ut præstarentur pro eo tempore; non nunc tamen, sed quandoque: cum scilicet dies dandi, seu obligationis venisset, idest, cum conditio extitisset. Hoc ius placuisse etiam veteribus, ut ex hoc loco apparet, *et L. lecta*, *in fin. si cert. pet.* sed sine exceptione tum confirmatum esse a Iustiniano, cum quocunque modo tempus, quod impletam conditionem antecedit, expressum esset, noluit stipulationi nocere. Ac si nihil obstet præterea præteriti temporis præstationibus in specie proposita, ius hoc in omnibus perpetuum esse necesse est, ita ut nec usuræ excipiantur, ut supra diximus, *d. L. le-*
6 *cta*, *in fin. si cert. pet.* † Opponitur tamen huic sententiæ de usuris exemplum *L. cum quidam*, *supr. de usur.* nam cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras præstaturum, et si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniæ quam mutuatus est, semisses soluturum, et redditis per aliquot annos usuris, mox stipulatio commissa esset: illic placet pro antecedente tempore usuras semisses non deberi, sed dumtaxat ex die cessationis. Sed in promptu ratio est: nam usuræ præteriti temporis in ea specie illicitæ sunt, ut non magis in ea deberi possint, quam aliæ quævis illicitæ, quæ simpliciter, aut solum ex die existentis conditionis in stipulatum deductæ essent; id quod rescriptum, quod illic refertur, satis declarat his verbis, *præsidem adi*, *qui stipulationem*, *de cuius iniquitate quæstus es*, *ad modum iustæ exactionis rediget.* At cur in ea specie usuræ præteriti temporis illicitæ, seu usurarum iniusta exactio, an quia promittuntur usuræ, res videlicet odiosa, et promittuntur pro antecedente tempore, quo debitor in mora non fuit? Sed huius quoque temporis usuras utiliter promitti Paulus auctor est in *d. L. lecta*; idem qui et auctor est *d. L. cum quidam.* Nec quidquam in usuris minus licet dum eas nobis cavemus, quam in cæteris rebus, dum usuræ non excedant legitimum modum. An quod pro minoribus usuris, quæ initio promissæ erant, maiores postea ex cessatione promittuntur? Sed non est iniquum eas usuras ex eventu et cessatione debitoris sibi stipulari, quas statim ab initio stipulari licuisset. Ac si hæc iniqua conditio esset, in totum maiorum usurarum stipulatio esset inutilis, etiam eius temporis nomine, quod cessationem secutum esset. An ergo potius, quia usuræ promissæ sunt, non ob sortem solutam, ut fit in ea stipulatione, quæ proponitur in *d. L. lecta*, *in fin.* sed ob usuras minores non solutas? quasi quidquam ad rem pertineat, propter quam cessationem debitoris, usuræ alioqui per se et sine cessatione licitæ, illi infligantur: aut quasi minus æquum sit cessationem debitoris plecti ob pensiones usurarum iure debitarum sua die non solutas, quam ob sortem non solutam. Sed an non videmus etiam hac ratione admissa, itidem ut in superiore accidit, stipulationem istam maiorum usurarum in totum improbari non tantum eius temporis nomine, quod cessationem antecessit, sed etiam eius quod sequitur? utrumvis enim tempus dederis, semper verum erit usuras promissas esse ob alias non solutas. Atqui de antece-

dente tempore solum quærimus: nam pro eo, quod sequitur cessationem, extra controversiam est stipulationem valere, et maiores usuras ex cessatione deberi. Quid ergo est? Et perspicuum est in specie proposita usuras maiores quatenus ex die cessationis promittuntur, promitti in id tempus, quo nullæ adhuc solutæ sunt, aut solvi debent. Maiores si præstantur solæ, quovis tempore licite promittuntur, quia legitimum modum non excedunt. Quatenus autem promittuntur in præteritum, ecquid observamus promitti eas in id tempus, quo iam minores solutæ erant; itaque id agi stipulatione, ut pro eo tempore et minores iam acceptas retineat creditor, et nihilominus iuxta conventionem amplius totius sortis usuras semisses accipiat? et sane proponitur debitor per aliquot annos solvisse usuras minores; deinde cum aliquo anno desiisset solvere, commissa stipulatione conveniri in præteritum quoque, ut eius temporis nomine semisses præstet, ut cautum erat. Ex quo apparet eum, qui ita stipulatur, in præteritum tempus usuras binas stipulari, quæ conventio aperte iniqua est, et contra legem. Nam si usuras usurarum per leges stipulari non licet etiam tum, cum prior usura sua die soluta non est: *L. placuit, supr. de usur. L. ult. C. eod.* multo minus usuris alicuius temporis recte solutis, licebit ob cessationem aliquam sequentem in id tempus alias usuras stipulari, non quæ sint priorum usurarum usuræ, idest, quantitate longe minores, sed quæ sint etiam maiores prioribus solutis.

Ad L. Quæ extrinsecus. 65.

Florentinus lib. VIII. *Institutionum.*

Quæ extrinsecus, et nihil ad præsentem actum pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem: veluti si dicas, *Arma virumque cano, spondeo*: nihilo minus valet.

Sed et si in rei quæ promittitur, aut personæ appellatione varietur, non obesse placet. Nam stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis; et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio ob verba supervacua non vitiatur.*
2. *Congruentia responsi ad interrogatum quibus in rebus posita.*
3. *Stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondens obligatur.*

1 In stipulatione ad interrogatum responderi oportet, et quidem congruere responsionem *L. 1. §. si stipulanti, et §. ult. supr. §. præterea, Inst. de inut. stip.* Id si in aliqua parte responsionis recte factum est, nihil nocet aliena quædam responsioni admiscuisse, et ad interrogatum nihil pertinentia. Non quod non sint ista inutilia; sed quia cum utilibus admixta sint, ea lex servanda sit, quam superiore capite dixi, ut quæ utiliter gesta sunt, maneant; quæ contra, pro supervacuis habeantur, neve utile unquam vitietur per aliud inutile. *L. 1. §. pen. supr. d. L. pla-*
2 *cuit, supr. de usur.* † Qua parte autem congruere resposum volumus, congruentiam intelligere debemus positam non in iisdem verbis, eademve lingua; sed in verborum sententia et significatione. Secundum quam si congruenter respondetur ad interrogatum, satis est, de quo dixi ad *L. 1. §. si quis ita, et §. ult. supr.* Huiusmodi est, quod hic proponitur in extremo, si quis de re aliqua, aut persona certa certo nomine interrogatus, alio nomine de utroque respondeat, eandem tamen rem aut personam exprimente. Exempla utriusque partis hic sunt addita. † In 3
quibus illud notandum est, quod si quis stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondeat, ait Florentinus eum obligari. Significans aureis nihil aliud contineri, nisi eos denarios, quibus singuli aurei æstimantur. Alioqui qui de denariis interrogatus de aureis eiusdem quantitatis, idest, æstimationis responderet, non idem videretur respondere, ac proinde non obligaretur. Hoc ego quoque cum aliis monendum putavi quia pertinet ad multas quæstiones explicandas, quæ in mutua pecu-

eunia reddenda circa mutuum incidunt. Sed tantum monere satis fuit, ut notaretur locus. Cæterum de his alibi dicendum est. Scripsi ad L. 3. *supr. si cer. pet.*

Ad L. Si minor. 66.

Paulus libro III. ad legem Æliam Sentiam.

Si minor viginti annis a debitore suo stipuletur servum manumissurum, non est executio stipulationis danda. Sed si ipsorum viginti annorum erit, non impedietur manumissio: quia de minore lex loquitur.

SUMMARIA.

1. *Lex Ælia Sentia quatenus minori 20. annis manumittere servum permittat.*
2. *Stipulatio, qua quis a minore servum manumitti stipulatur, est inutilis.*
3. *Minor, an servum alienum a domino manumitti recte stipuletur, et quæ in hac L. dubitandi ratio.*
4. *Executionem stipulationis non dari, quid.*
5. *Minor non est, qui annum 20. complevit, eoque recte manumittit.*

1 LEge Ælia Sentia cavetur, ne minor viginti annis servum suum manumittat, nisi vindicta idque iusta caussa manumissionis apud consilium prius approbata. §. *eadem, Instit. quib. ex caus. man. non lic.* Si quis contra hanc legem stipuletur, constat stipulationem nullius esse momenti. Quod ita fit, si stipuletur, quod
2 lex fieri prohibet. *L. si stipulor, supr.* † Itaque non dubitaremus, quin stipulatio esset inutilis, si quis stipularetur a minore ipso servum manumitti. Aperte enim cavetur, ut ipse manumittat, id ipsum nimi-
3 rum, quod lege fieri prohibetur. † Quod si e converso stipuletur minor servum alienum a domino manumitti; hic verba legis dubitationem afferunt, sit ne aliquid impedimento stipulationi. Non enim hic quidquam videtur fieri contra legem, ubi et alius manumittit, quam minor, et servum suum manumittit, non minoris. Et si stipuletur minor de servo alieno, cum neque ab eo datus esset manumissionis caussa, neque illi deberetur, puto nihil dubii fore, quin stipulatio valeat. Nam neque hic manumittit minor, nec quidquam manumittitur ab alio, quod non dico sit minoris, sed etiam esse possit. Sed nec ea manumissio damnosa est minori, quippe cui nihil eo facto decedat. Ac si verum amamus, prodest ei potius, certe ratam haberi eius interest, postquam, ut præclare scriptum est a Papiniano, beneficio affici hominem interest hominis. *L. si servus, supr. de ser. exp.* ut appareat nihil hic fieri neque contra legem, neque in fraudem legis. Non idem placuit, si aut minor servum dederit ea lege, ut manumitteretur, idque etiam stipulatione caverit; aut cum ei tantum deberetur, nec prius eius fuisset, stipulatus sit a debitore servum manumissum iri. Prior stipulatio, seu conventio, multoque magis traditio improbatur in *L. si minor, supr. de ser. exp.* quo referri debet *L. si quis quos, supr. de leg.* 2. Posterior hoc loco. Utraque quia contra legem: et ideo contra, quia in fraudem legis. Etsi enim verbo non manumittit minor: utrobique tamen perinde habetur, quasi manumitteret, nec minus abest ei servus ea manumissione, quam si ipse manumisisset. Ita salvis verbis, fit quod lex fieri noluit; quæ definitio est eorum, quæ in fraudem legis fiunt. *L. contra, et L. fraus, seq. supr. de legib.* Atqui is quidem qui servum tradit ea lege, ut manumittatur, aperte legem circumvenit: qui quia manumittere ipse non poterat per legem, ideo quæsita alienationis specie alium adhibet, per quem manumittat. Is manumittit, qui manumittit per alium. *L. 1. §. deiecisse, supr. unde vi*, manumittit, qui manumissionis caussam præbet, si modo eum qui manumittitur, per caussam eius manumissionis amittat: quod in ea specie contingit. Qui autem stipulatur a debitore suo servum sibi debitum manumitti: is, si stipulatio valet, et servus manumittitur a debitore, ideo nihilominus quam superior, servum manumittere intelligitur, quia nihil interest, utrum servum iam suum factum alteri manumittendum quis tradat, an sibi debitum manumittendum permittat debitori. Nam et is intelligitur servum habere, qui ad eum consequendum actionem habuit. *L. is qui actione, infr. de reg. iur.* Denique solius minoris rem in ea manumissione versari, indicio est, quod debitor servum manumittendo perinde quasi solvisset, ita servo voluntate creditoris manu-

numisso et sine culpa sua commerciis hominum exempto liberatur: *L. si servum*, *infr. eod.* minor autem liberato debitore actionem, quam prius habuit, et una cum actione servum, quem inde, consequi poterat, amittit. Ita in utroque aperte circumvenitur sententia legis, dum id fit, quod lex noluit, etiam si verbis non vetuit, quod cum accidit, non minus stipulatio habetur contra legem, nec minus improbatur. *L. non dubium*, *C. de le-* 4 *gib.* † Hoc est, quod Paulus de huiusmodi stipulatione hic scribit, non esse executionem stipulationis dandam. Executio non est danda, idest, nec minori actio ob servum non manumissum, nec debitori potestas manumittendi, ut servo manumisso liberatio contingat. Nam in actione, et solutione rei promissæ versatur exsecutio et effectus obligationis. Sic exsecutionem obligationis ab eodem Paulo nominari inter omnes constat in *L. in exsecutione*, *infr. eod.* Referri autem hoc verbum non tantum ad actionem, sed etiam, et quidem præcipue, ad manumittendi potestatem, declarat adversativa sententia quæ sequitur, *sed si*, inquit, *ipsorum viginti annorum erit*, *non impedietur manumissio*; Ergo hoc prius dicebat eam impediri. † Quod ait, 5 si minor erit ipsorum annorum viginti, non impediri manumissionem, id significat, quod apertius scriptum est in *L. 1. supr. de manum.* eum posse manumittere, qui annum vicesimum complevit: complevisse autem, qui diem supremum agit anni vicesimi. Quod utrobique hac ratione statuitur, quia lex de minore loquatur, quem vetet manumittere; ut autem additum est in *d. L. 1.* minor non est, qui annum complevit.

Ad L. Illa stipulatio. 67.

Ulpianus lib. II. *ad Edictum.*

Illa stipulatio, Decem millia salva fore promittis? *valet.*

SUMMARIUM.

1. *Stipulatio*, *Decem salva fore spondes*, *quid contineat*, *et quatenus valeat.*

1 HÆC verba, *decem millia mihi salva fore spondes*? Hoc continent, ut mihi salva sint non tantum a te, sed etiam a quovis alio: quasi ita dictum esset, neque te, neque quemquam facturum, quo minus mihi salva sint. Hinc eadem dubitatio de hac specie, quæ de illa stipulatione, habere licere spondes? in *L. stipulatio ista*, *supr.* quippe ut in illa, sic in hac supra scriptis verbis promissor factum alienum promittere intelligitur. Id vero promittitur inutiliter. Sed ut illam, sic et hanc nihilominus valere placuit. Nempe hanc eadem ratione, qua et superior recepta est. Factum alienum inutiliter promittitur, ita est: atque hactenus fatendum est promissorem ex utraque stipulatione non obligari. Sed non eo minus valet stipulatio, qua parte de se, et heredibus suis promissor cavet. Hoc enim recte fit, atque hactenus stipulatio valebit.

Ad §. Eum, qui decem.

Eum qui decem dari sibi curari stipulatus sit, non posse decem petere: quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait. Idque et Celsus libro sexto Digestorum refert.

SUMMARIA.

1. *Promittens se*, *ut decem dentur*, *curaturum*, *ad quid teneatur.*
2. *Locuples quis dicatur.*
3. *Rei verbum hic quomodo accipiatur.*
4. *Promittens se facturum*, *ut decem dentur*, *quatenus obligetur*, *et an ipse dare cogatur.* et n. 6.
5. L. Si heres iussus, in princ. supr. de leg. 1. *declaratur.*

1 QUI se curaturum, ut decem dentur, spondet, non necesse habet ipse dare; quoniam id non promittit; sed tamen placet eum alterutrum præstare debere, ut aut det ipse, aut saltem reum locupletem det, qui ea promittat: cæterum hunc

hunc dando liberari, ut et scriptum est
hoc loco, et refertur pluribus verbis in *L.
ult.* §. *ult. supr. si cert. pet.* Id vi ver-
borum efficitur. His enim verbis, decem
tibi dari curabo, cura quidem solum et di-
ligentia promittitur; sed cura non inuti-
lis, seu cura cum effectu, ut verba cum
in legibus accipi solent; *L. 1. ver. hæc
autem, supr. quod quis. iur. in al. stat.
L. 5. supr. ne quis eum, qui in ius vo.
est.* Tum maxime in stipulationibus et con-
tractibus; ne nihil videantur egisse con-
trahentes. *L. ubi, L. quoties in actioni-
bus, supr. de reb. dub.* Hæc cura sic erit
utilis, si eo usque processerit, ut certum
efficiat eam pecuniam alium saltem datu-
rum. Quod ita fit, si promissor det eius
pecuniæ locupletem reum: a quo et pe-
cunia peti possit, quia eam promiserit;
2 et cum re exigi, quia sit locuples. † Di-
citur autem is locuples, qui sit locuples
primum ex facultatibus, pro rei tamen de
qua agitur, qualitate: tum ex convenien-
di facilitate. *L. 2. supr. qui sat. cog. L.*
3 *1. supr. in ius voc. ut eant.* † De verbo
rei, rectissime sentiunt, qui reum mo-
nent hoc loco accipiendum esse reum princi-
palem, non fideiussorem. Nam pro eo,
qui tantum debet reum locupletem da-
re, si fideiussor interveniat, non possit
is obligari, ut decem det, de quibus dan-
dis agitur, cum ea promissor non debuerit.
Neque enim in aliam rem fideiussor obli-
gari potest. *L. græce, §. si quis Stichum,
inf. de fid.* Dabitur igitur, reus principa-
lis, qui promittat se daturum decem non
ante ab alio debita. Quippe quæ prior pro-
missor non spoponderit se daturum, sed
tantum se curaturum dari. Hic reus poste-
rior a iuris auctoribus dicitur expromissor.
4 *L. et eleganter, §. servus, supr. de dol.* †
Quod de eo dictum est, qui promisit se
curaturum decem dari, dubitatum est, num
idem probandum esset et de eo, qui pro-
misit se facturum, ut decem dentur. Et
existimari potest idem hic quoque esse pro-
bandum. Quid enim inter hæc interest, cu-
rabo, ut decem tibi dentur; et, faciam,
ut tibi dentur? Dices, curare esse, dili-
gentiam adhibere: facere autem esse, per-
ficere, ut re vera dentur. Hoc ad ista di-
stinguenda non est satis: nam verbo *curan-
di* diximus quidem curam promitti, sed
efficacem, et eam qua fiat, ut detur: at
hoc non minus efficitur reum locupletem
dando. Cur non ergo et in eo, qui promi-
sit se facturum, ut decem dentur, stipu-
lationem sic accipimus, ut facere quidem
debeat promissor quo dentur; non tamen uti-
que a se, sed ab alio, quem det eius summæ
expromissorem? Nam ut hunc statuamus o-
mnino cogi dare, nihil nos iuvare potest, quod
apud Iustinianum scriptum est, si quis se ef-
fecturum promittat, ut alius det, promissorem
obligari, §. *si quis alium, Inst. de inut. stip.*
Concedimus enim facere hic valere idem,
quod efficere: volumus eum, qui promisit
se facturum, ut decem dentur, obligari,
ut illic scriptum est. Sed de eo non agitur:
Quæritur, quatenus obligetur, et an ipse
cogatur dare, quod ex superiore loco nul-
lo modo efficitur: nam et eum, qui pro-
misit se curaturum, ut detur, obligari pla-
cet; neque eo minus rerum locupletem dan-
do, eum liberari dicimus. † Sed et illud, 5
quod de suprema voluntate scriptum est in
L. si heres iussus, sup. de leg. 1. Non
videatur prima fronte esse satis. *Si*, inquit
Caius, *heres iustus sit facere, ut Lucius cen-
tum habeat*, (idest, ut centum ei dentur:
sic enim habebit; si ei dentur) *cogendus est
heres centum dare.* Si nihil, inquam, adii-
ciatur amplius, dici potest statui hoc pro-
lixius favore supremæ voluntatis, dictante
hoc regula iuris, qua efficitur in testamen-
tis plenius voluntates testantium interpre-
tandas *L. in testamentis, infr. de reg. iur.*
Sed verius est, quod et vulgo probatur,
quod de eo herede responsum est, qui
iussus est facere, ut Lucio centum den-
tur, admittendum esse et in stipulatione
de eo, qui idem se facturum promisit: ut
et hic nimirum cogendus sit dare, nec li-
beretur idoneum expromissorem dando. I-
taque dissimilem esse illi, qui se promisit
idem curaturum. Idque declaratur satis in
d. L. si heres iussus, non eo quod heres ad
id faciendum obligatus fuit, a quo vide-
ri potuit distare promissor: sed ea ra-
tione, quæ illic est addita. *Cogendus est
heres*, inquit Caius, *centum dare, quia
nemo facere potest, ut ego habeam centum
nisi mihi dederit.* Ratio est ex significa-
tione verborum ducta, ad omnem perti-
nens, qui in id obligatus est, ut faciat,
ut mihi centum dentur, sive ut ego cen-
tum habeam; et maxime si se aliquis in
hæc verba obligarit. Sed cur hæc verba
aut in herede aut in promissore sic accipi-
mus, ut Caius scribit? neque enim viden-
tur ista esse eadem, faciam, ut tibi dem
centum; et, faciam, ut tibi centum den-
tur; cum possint centum tibi dari, et ta-
men recte dari ab alio? An quod verbum
facere dandi caussam continet? sic enim
traditur in *L. verbum facere, infr. de ver.
sig.* Sed cur non ista ratione dicimus eum,
qui promisit se facturum, ut centum den-
tur,

tur, non teneri, ut ipse det? Nam et verbum *facere*, ut ibidem scriptum est, omnem faciendi caussam continet. Non tantum dandi, sed etiam solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi; ac proinde etiam curandi. Longe aliud est, verbum *facere* generale esse, et omnem faciendi caussam continere, eoque et dandi: aliud, verbum *facere*, significare specialiter dare, ut qui faciendi verbo usus est, intelligatur promisisse se daturum. Non ergo si prius significat, ideo et posterius; de quo tamen posteriore nunc quæritur. Et hoc quidem vere dicitur, quacunque in caussa verbum faciendi per se usurpetur. In proposito autem etiam stipulationis ratio repugnat, quominus verbum *facere* dandi habeat significationem. Non enim promissor promittit se facturum centum, sed se facturum, ut illa dentur. Quid porro esset ineptius, quam ita interpretari, dabo
6 centum, ut tibi dentur? † Res sic habet: facere aliquid generaliter est, præstare, seu efficere, ut iam nunc id sit. Itaque facere ut decem dentur, est præstare, ut iam nunc sit ea datio. Recte Caius ait, si quis id facere debet, non posse eum facere, nisi ipse dederit. Nam qui offert expromissorem, non facit, ut nunc dentur decem, sed ut expromissor. Quod autem non idem interpretamur in eo, qui promisit se curaturum, ut decem dentur, vis quoque verbi, curare, dissimilis facit. Nam hoc verbo cura tantum et diligentia promittitur. Etsi autem ea efficax quæritur, quæ non minus faciat, ut decem dentur postea; ea tamen rem præsentem non exigit. Nihil enim prohibet curam et diligentiam adhiberi ad rem aliquam perficiendam, etiam si nunc non perficias. Curavit ergo decem dari, qui idoneum expromissorem dedit; quia id curavit, quo decem darentur cum effectu, etsi non nunc, sed postea, cum stipulatori videretur. Quod ad curam est satis.

Ad L. Si pœnam, 68.

Paulus* lib. II. *ad Edictum.

Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, *Pecuniam te mihi crediturum spondes?* Incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

SUMMARIA.

1. *Stipulationibus faciendi utiliter pœna subiicitur, et quæ sint pœnæ adiectæ commoda.*
2. *Stipulatio faciendi qua ratione sit incerta.*
3. *Res, quæ in stipulationem deducuntur, ut sunt dividuæ aut individuæ, certæ aut incertæ, ita est et stipulatio.*
4. *Id quod interest cur sit incertum.*
5. *Eius quod interest definitio.*
6. *Regula iuris,* Quatenus cuiusque intersit in facto, non iure consistit, *explicatur.*
7. *Facti incertitudo quibus in rebus consistat, et quotuplex ea sit.*
8. *Ex incertitudine eius quod interest incommoda duo nascuntur.*
9. *Pœnæ stipulatio hic a Paulo cur certa et utilis dicatur.*
10. *Facti stipulatio quibus modis reddatur inutilis.*
11. *Dandi stipulatio certa est, venitque in eam res et pecunia certa verbis stipulationis nominatim comprehensa.*
12. *Stipulatio hæc,* pecuniam te mihi crediturum spondes, *an in dando, an vero faciendo sit.*
13. *De Mutui natura pulcra observatio.*
14. *Stipulatoris in proposito quid intersit pecuniam credi, cum etiamsi acceperit, tamen eam restituere debeat, et quid in stipulationem propositam veniat.*
15. *Stipulatus simpliciter et infinite, pecuniam sibi credi, nullo usu designato, ad quem pecuniam destinaret, an quod damni passus est pecunia non accepta, a promissore consequatur.*
16. *Verbis,* Id quod interest; *quid intelligatur.*

1 IN stipulationibus faciendi cum quid fieri aut non fieri stipulamur, monent veteres optimum esse stipulationi pœnam subiicere, et caussam reddunt, ut fit in §. *ult. Instit. et L. ult. infr. de præt. stip.* Sed nusquam huius commoditatis ratio explicatur apertius, quam hoc loco, cum ita traditur, pœnæ stipulationem certam esse et utilem: *faciendi* incertam, quia in eam venit id quod interest. Non enim dubito, quin huc spectet definitio, non ut intelligatur ex illa condictionem certi esse, ex hac incerti (nam ad condictionem certi statuendam potius quam incerti, nihil facit,

cit, si dicatur stipulatio esse utilis; cum possit ex utili quoque stipulatione esse incerti condictio) sed ut animadversis pœnæ adiectæ commodis; quæ non sint in faciendi stipulatione, discamus cum quid fieri stipulamur, quanti referat pœnam adiicere, si nobis recte cautum volumus. Scio rem esse certi iuris, ex stipulatione certa certi condictionem competere, ex incerta actionem ex stipulatu, seu incerti. *Instit. eod. in princ. L. ult. supr. si quis in ius voc. non ier.* sed hoc dico, cum Paulus definit pœnæ stipulationem certam esse et utilem, ex verbo *utilis* perspicuum esse longe aliam commoditatem in hac stipulatione eum spectare, quam certi condictionis. Nec video omnino, quemadmodum usum habitura sit distinctio hic tradita, nisi ad eam diligentiam nobis cavendi, quam quærimus, referatur. Sed cur laboramus? Sive enim eo spectavit Paulus, sive alio, tamen hic ea dicit de utraque stipulatione, quæ si recte et plane explicantur, illius ipsius cautionis veterum rationem continent, non tantum eandem, quæ redditur, in *d. §. ult. Inst. eod. et d. L. ult. infr. de præt. stip.* sed etiam ex parte certiorem: cum in illis dicatur tantum de incertitudine stipulationis faciendi, nihil aperte de pœnæ stipulatione: hic de utraque, ac de posteriore maxime. Id ergo agamus, quod verba continent; tum ultro etiam, quod de commoditate pœnæ subiiciendæ veteres præci-
2 piunt, consequetur. † Ergo ut a stipulatione faciendi ordiamur, a qua hæc omnis quæstio de pœnæ stipulatione subiicienda nascitur: *faciendi*, inquit Paulus, *incerta est stipulatio*: *quia id venit in stipulationem, quod mea interest.* Mitto quærere hoc loco, an verum sit venire in faciendi stipulationem id, quod interest. De quo dicam paulo post commodius ad *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus.* Nunc sumam pro confesso, quod hic traditur; et verissimum est, id venire, et stipulatione contineri. In quam sententiam consentiunt et alii loci complures: ut *L. quoties quis*, 81. *L. si quis stipulatus*, *§. ult. infr. §. ult. Inst. eod.* Hoc quærendum est; quod est proprium huius loci, quomodo hac ratione efficiatur, stipulationem faciendi esse incertam. Id vero fit ideo, quia id quod interest, est incertum. *d. L. ult. supr. si quis in ius voc.* quod et Paulus vult intelligi. Neque enim rei certæ incerta esse potest stipulatio. At re incerta constituta recte colligit incertam quoque
3 esse stipulationem. † Ut enim res sunt, quæ in stipulatum deducuntur, dividuæ aut individuæ, certæ aut incertæ, ita est et stipulatio. *L. stipulationes non, in princ.*
L. ubi, *§. illud*, *§. qui vero infr. eod.* † At 4
cur id quod interest, incertum potius, quam ulla alia res quævis, quæ in stipulationem deducitur? quia pendet ex facto, cuius facti eventus est incertus. Quod de-
clarat definitio eius quod interest. † Sic 5
enim definitur, ut sit quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus. Atqui hoc totum incertum est, quid hic amittamus, aut non lucremur; fierique potest, ut si non fiat, quod promissum est alias plus, alias minus amittamus; interdum etiam ut nihil. Secundum quæ eadem quoque eius quod interest, æstimatio sit, necesse est. *L. si quis ab alio, in princ. d. L. si quis stipulatus*, *§. ult. infr.*
† Inde dictum est. Quatenus cuiusque in- 6
tersit, in facto, non iure consistit. *L. quatenus, inf. de reg. iur.* In facto consistit, idest, ex facto pendet, quod tam potest non existere, quam existere, ut ostendi. Non consistit in iure, idest, in iuris definitione, quemadmodum nec eorum quidquam quæ facti esse, et ex facto pendere dicuntur: propterea quod, quæ ex eventu incerto pendent, cum natura homines etiam prudentissimos fugiant, sunt eiusmodi, ut quemadmodum nulla hominum prudentia, sic nec ulla iuris, quod ab hominibus est, definitione comprehendi possint. In hac caussa dicuntur esse res facti omnes in *L. mora, supr. de usur.* ubi contra ea quæ certa iuris vel auctorum constitutione decidi possunt, dicuntur esse iuris; quod supra dicebamus in iure
consistere. † Neque vero facti incertitudo 7
in eventu est tantum, seu in eo, quod potest factum non existere; sed etiam in eo, quod etsi extiterit natura, tamen difficile potest probari: neque enim facilia probatu sunt hæc, habuisse nos aliquid, et propter cessationem aut factum promissoris amisisse; item nos aliquid lucri potuisse facere si factum esset, quod debuit, et quia factum non sit, ideo id lucrum nos non fecisse. Hinc eius quod interest, itidem ut facti, in quo consistit, incertitudo duplex, totidemque incommoda proposita ei, qui persequitur id quod interest, idest, ei, qui solum stipulatus est sibi quid fieri, aut non fieri, nulla adie-

8 adiecta pœna. † Unum in eventu; quo fit, ut quoniam non semper intersit stipulantis, aut minoris intersit, quam velit, ideo his casibus stipulatio faciendi constituatur ei aut plane inutilis, aut minus utilis. Alterum in rei probatione; quo fit, ut quia id quod vere interest, non facile potest probari, idcirco si non probatur, nihil prosit stipulatio, non magis quam si nihil interesset. Sin probari potest; tamen efficiatur stipulanti persecutio anceps et difficilis. Notata sunt hæc incommoda duo in stipulatione faciendi ex incertitudine eius quod interest nascentia, in §. *ult. Inst. eod.* cum illic in hoc genere stipulationum iubetur pœna adiici, *ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod eius intersit.* His enim verbis significatur pœna detracta utrumque hoc incommodum existere in stipulatione faciendi, et quod quantitas eius stipulationis incerta sit (est autem hæc quantitas, id quod interest, quod in pecunia consistit. *L. stipulationes non, ver. Celsus, infr.* et in stipulationem ipsam deducitur, ut hic traditur, ut merito dicatur quantitas stipulationis, idest, quantitas stipulatione comprehensa) quod, inquam, hæc quantitas sit incerta, idest, re ipsa et eventu incerta, quia fieri possit, ut nihil intersit; et quod etiam si quid intersit re vera, tamen necesse sit id probare, alioqui nihil queat exigi. L. *unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* id autem probare plerumque est difficile. Quam ob caussam etiam accidere dicitur in *d. L. ult. infr. de præt. stip.* ut ad exiguam summam deducatur; dum scilicet id omne, quod in facto est, probare non possumus. Huic incertitudini stipulationis, eiusque incertitudinis incommodis si qua stipulatione occurri potest, nemo non fatebitur optimum esse hanc adiicere, quoties ut quid fiat, nobis cavere volumus, id vero nobis præstat pœnæ stipulatio. Ex quo est, quod veteres tam diligentes præcipiunt, ut hæc subiiciatur faciendi stipulationibus. Huc spectat Paulus hoc loco, cum pœnæ stipulationem cum altero genere conferens, hanc dicit certam
9 esse, et utilem. † Certa est adversus utramque partem incertitudinis, quam metuimus in stipulatione faciendi. Nam et a re ipsa certa est, et a probatione. A re, quia quantitas certa verbis ipsis stipulationis comprehensa est, non in incertum eventum collata. A probatione, quia si de stipulatione ipsa doceri potest, non est alia probatione opus, ut probetur quid contineat; cum ipsa se ostendat, quid complectatur; id autem, ut dixi, conceptione ipsa certum est. Utilis dicitur, non eo, ut intelligatur eam ab initio utiliter interponi (nam et facti stipulatio ab initio interponitur utiliter: quam tamen hoc loco propositum est Paulo a stipulatione pœnæ separare. Tum autem cur dubitaremus in re privata et nec illicita, an pœnam nobis cavere possemus stipulando? aut si dubitaremus, cur magis id fieret in pœnæ stipulatione, quam dubitamus, an liceat nobis stipulari, ut quid fiat, aut non fiat?) Sed hæc adiectio eo pertinet, ut statuatur hic quoque quod sit proprium pœnæ stipulationis, et quo illa differat a posteriore. Et omnino res ita est. Pœnæ stipulatio, si conditio existit, semper est utilis, et ab initio, et postea: facti stipulatio non semper. Pœnæ enim stipulatione semel commissa; quod fit si factum non sit, quod debuit., aut adversus ea de quibus cautum est, ne fierent, factum sit; §. *ult. Instit. eod.* pœna semper debetur, sive stipulantis intersit, sive non intersit. *L. stipulatio ista, §. alteri, supr. eod.* Nec periculum est, ne cum ea debebitur, non facile eam probaturi simus nobis deberi, proposita stipulatione. Ita dum stipulatio exstabit, hæc semper erit utilis, et qua id quod stipulati sumus, omnimodo possumus consequi. † Non est in eadem caussa facti 10
stipulatio. Nam cum in eam veniat solum id quod interest, multis de caussis accidit, ut id consequi non possimus. Alias nihil interest, ut non sit hic res, quæ debeatur: alias quod interest, probare non licet, ut supra diximus. Ac totidem modis evenit, ut ea stipulatio sit inutilis. Bene igitur Paulus, cum duas istas stipulationes hoc loco invicem opponeret, stipulationem pœnæ et stipulationem faciendi; inter cætera stipulationis pœnæ propria hanc dixit esse utilem; quo non idem de altera dici posse significaret. Revera enim non idem de ea dici potest. Non quod nunquam sit utilis, sed quia non semper, ut dixi. His de utraque stipulatione intellectis, quam sit consultum faciendi stipulationibus pœnam subiicere, etiam nobis tacentibus apparet. Quod attinet ad speciem stipulationis, cuius exemplo Paulus hic utitur, *pecuniam te mihi crediturum spondes*: non est dubitandum, quin sit stipulatio, qualem hic proponi dicit: idest, quæ in faciendo versetur, ac sub una specie de toto genere earum stipulationum respondeat. Etsi enim de eo ille nihil nominatim exprimit: tamen ex eo satis colligitur, quod incertam stipulationem esse dicit, et in eam venire id, quod inter-

terest. Sunt enim hæc propria faciendi ob-
11 ligationis. † Quæ in dando est, certa est;
nec in eam aliud venit, quam res et pe-
cunia certa, quæ nominatim comprehensa
est verbis stipulationis. *L. ubi. §. ult. infr.*
12 *eod.* † Sed tamen de eo potest dubitari,
an recte Paulus eam stipulationem faciendi
esse statuat, ac non potius contraria ei tri-
bui debeant, quasi sit dandi. Nam hic ut
alibi sæpe, credere pecuniam est, mutuam
dare. *L. rogasti. L. singularia, supr. si
cert. pet. L. 1. supr. de S. C. Maced.*
Non est autem mutuum, nisi cum pecunia
datur, et fit accipientis. *L. 2. §. appella-
ta, supr. si cert. pet. Inst. quib. mod. re
cont. ob. in princ.* Et incunctanter dicen-
dum est mutuum in dando non consistere,
sed in usu solum pecuniæ transferendo, si-
ve quod pecunia in mutuo non proprie in-
telligatur dari; sive quod si detur, non ta-
men eam dationem spectare debeamus, sed
13 id quod fit principaliter. † Iam primum in
mutuo non proprie pecuniam dari dixeris.
Quippe non sic datur, ut maneat, sed ut
restituatur. Id demum vere dari intelligi-
tur, quod est mansurum; inest enim in
dando capere: siquidem non est datio sine
accipiente. Non videtur autem capere quis-
quam, qui restituere cogitur vel ei, unde
accipitur, vel alii. *L. aliud est capere, in-
fr. de verb. sig. L. non videtur quisquam,
infr. de reg. iur.* Huc illa pertinent ex *L.
qui sic, infr. de sol.* qui sic solvit, ut re-
ciperet, non liberatur: quemadmodum non
alienantur nummi, qui sic dantur, ut re-
cipiantur. Sed ut dederimus pecuniam pro-
prie dari in mutuo: non ideo tamen con-
sequens est id in dando consistere, ac non
in faciendo. Non enim sic datur pecunia
mutua, ut dominium eius transferatur; sed
ideo dominium transfertur, ut accipienti ea
uti liceat, cuius usus solius caussa mu-
tuum est comparatum. Nec aliud est mu-
tuum, quam utendum datum: si modo da-
tum consistat in pecunia, et similibus re-
bus, quæ usu consumuntur. *L. certi, §. ult.
L. rogasti, supr. si cert. pet.* Quod si usus
pecuniæ in mutuo transferri posset dominio
non translato, dominii translatio non desi-
deraretur, non magis quam in commoda-
to. Nunc autem neque pecunia, neque si-
milibus rebus uti quisquam potest iure, ni-
si sit dominus. Solius enim domini est rem
consumere utendo. Ideo in his rebus re-
ceptum est, ut quoties de earum usu transfe-
rendo agitur, nunquam id aliter fiat, nisi
dominio in accipientem prius translato. Nam
hoc ita constitutum esse scimus, cum ista-
rum rerum ususfructus, vel usus legatus
est. *§. constituitur, Inst. de usuf. L. 1. et
2. L. vini, supr. de usufruct. ear. rer.
quæ us. cons.* quod similiter et in mutuo
fieri intelligendum est. Est ergo mutuum da-
re, ut dixi, nihil aliud, nisi utendum da-
re. Sed quia ita pecunia uti nemo potest, ni-
si dominus, idcirco usus transferendi caussa
res ita datur, ut fiat accipientis. Proinde
hunc usum in mutuo solum spectare de-
bemus. Est enim is initium et caussa con-
tractus, utpote ad quem cætera, quæ fiunt
in hoc contractu, referuntur. Recte pla-
cuit uniuscuiusque contractus initium spe-
ctandum, et caussam. *L. si procuratorem,
in princ. supr. mand.* nempe quod prin-
cipaliter fit, non quod per consequentiam.
arg. in *L. 1. supr. de auct. tut.* Postremo
ex hoc usu propter quem dominium trans-
fertur, ita res tota æstimanda est ut in
usufructu atque usu earum rerum, quæ
usu consumuntur, fieri videmus. In quo
quamvis proprietas transferatur in accipien-
tem; tamen quia transfertur solum uten-
di caussa, non proprietas ea datione et
eo quasi contractu contineri dicitur, sed
usus solum, et ususfructus. Restat igitur,
ut quæ stipulatio in proposito in dando
non est, ea intelligatur esse in faciendo:
ac proinde recte dicatur venire in eam id
quod interest, eoque etiam esse incertam.
† Sed quid potest interesse stipulatoris pe- 14
cuniam credi, cum etiam si acceperit, ta-
men eam restituere debeat, et quidem sta-
tim si obligationem spectamus? nam qui
mutuum accipit hoc ipso, statim ad id re-
stituendum re obligatur. *Inst. quib. mod.
re cont. obl.* Recte hoc quæreretur, si pe-
cunia ex mutuo debita statim extorqueri
posset, aut iudicio exigi. Sed neque sem-
per repetitur statim; et si repetatur iudi-
cio, tamen confitenti tempus datur a Ma-
gistratu ad solvendum idem quod etiam
post condemnationem reis indultum est *L.
si debitori, supr. de iud.* Hæc mora at-
que interusurium quantivis temporis satis
est ad eos fructus percipiendos, quos ex
pecuniæ usu quærere solemus. Licet enim
interim pecuniam creditori solvere ad evi-
tandam vel pœnam, vel pignorum distra-
ctionem. Licet merces interim emere, et
hinc lucrum facere, si quis negotiari so-
leat, et per id tempus eo in loco sit, ubi
merces veneant; hæ sunt utilitates et si-
miles, quibus continetur id quod interest,
L. 2. §. ult. supr. de eo quod cer. loc.
quas easdem ob eam caussam in stipula-
tionem propositam venire dicimus, quia ve-
nit in eam id quod interest. Quod tamen
cum dicitur, non sic accipiendum est, quasi
si

si quid istarum utilitatum amiserit stipulator pecunia non accepta, quod consequi potuisset, si pecuniam accepisset, id semper ei præstandum sit: sed ita, ut sit præstandum, si constabit id actum fuisse, ut pecunia crederetur in eam caussam, in qua damnum cotigit. Ut puta, præstabitur stipulatori damnum, quod contingit ob pœnam commissam, aut pignora eius distracta, si actum fuerit, ut pecunia in eam caussam crederetur, quo ipse solveret creditoribus. Quod ita actum intelligetur, non tantum si stipulatione comprehensum fuerit; sed etiam si cum is qui obnoxius erat æri alieno, pecuniam in alicuius debiti exsolutionem quæreret, exstiterit, qui polliceretur se in eam rem crediturum, et deinde se id facturum stipulanti caverit. Idem est, si cum quis quæreret pecuniam ad insulam reficiendam, aut merces opportuno tempore emendas, aliquis se crediturum promiserit, et stipulator ob pecuniam non creditam aliquid detrimenti in insula sit passus, aut in mercibus aliquid lucri non fecerit. Quæ sententia recte defenditur exemplo eius, cui pecunia certo loco dari promissa est; in qua specie propter locum, in quem conventione contrahentium solutio collata est, placet rationem haberi utilitatis eius, quæ eo loco esset futura, si stipulator pecuniam ibi accepisset, *d. L.* 2. §. *ult. de eo quod cer. loc.* 15 † Cæterum si quis nullo designato usu ad quem pecuniam destinaret, simpliciter et infinite stipulatus sit sibi pecuniam credi; quodcumque damnum passus fuerit postea pecunia non accepta, ob id quod pecuniam non habuit; non tamen id æstimabitur adversus debitorem, ut in re simili probat Paulus in *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem, supr. de act. em.* Et merito: non enim magis dici potest id contigisse, quia hanc pecuniam de qua agitur, stipulator non habuerit, quam quia aliam quamlibet vel a se, vel ab alio non habuerit. 16 † Nec obstat, quod hic absolute dicitur venire in hanc stipulationem id, quod mea interest. Semper enim his verbis intelligitur utilitas eius, quod fieri debuit, propria; ut dici possit si quid damni ob cessationem promissoris stipulator senserit, ob id solum contigisse, quia quod ille promiserat, non fecerit. Quod totum cuiusmodi sit, ex iis cognosci potest, quæ pluribus in harum utilitatem æstimationem disserui in Libro *de eo, quod interest, capite penultimo.*

Ad L. Si homo. 69.

Ulpianus libro VII. *ad Edictum.*

Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur: quemadmodum si quis Stichum mortuum dari sibi stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur.

SUMMARIA.

1. *Mortuum hominem dari, aut mortuum sisti inutiliter stipulamur.*
2. *Pœna, nisi homo mortuus datus aut status esset, promissa, an valeat stipulatio.*
3. *Stipulatio pœnæ in proposito, cur inutilis.* et n. 5. 8.
4. *Stipulatio per se utilis per aliam inutilem non vitiatur.*
6. *Pœna rei impossibilis nomine promissa per se ipsa est impossibilis.*
7. *Pœna quid.*
9. §. ult. Inst. de lega. *declaratur.*
10. *Definitionem huius L. de pœna rei impossibilis non committenda, si homo mortuus sisti non possit, generalem esse.*

1 Ut mortuum hominem dari stipulari non possumus, sic nec mortuum sisti, utraque enim stipulatione res impossibilis continetur: altera, quod dari; altera, quod fieri natura non potest. Cuiusmodi stipulationes nullius momenti esse constat. *L. si stipulor, supr. eod. Inst. de inut. stip.*
2 *in prin.* Quid, si alterutrum stipulemur tamen, et nisi homo mortuus datus, aut status esset, stipulemur pœnam? hic de pœnæ stipulatione quæsitum est, an non hæc saltem valeat. Et cur non valeat, dixerit aliquis? nihil enim impossibile hic promitti videtur, ut dicendum sit sublata caussa, propter quam prior stipulatio inutilis est, ius in pœnali inverti debuisse. Negat tamen Ulpianus, et ita definit nec pœnam rei impossibilis committi: rei impossibilis pœnam vocans, non quæ rem impossibilem contineat, sed quæ rei impossibilis nomine promissa sit. † Cur ita statuat non imme- 3
rito dubitatur. Nam si pœnæ stipulatio impossibili stipulationi subiecta non valet, necesse est aut caussam esse in priore stipula-

latione, cuius inutilitas secum trahat etiam pœnalem stipulationem; aut esse in ipsa stipulatione pænali, de qua quæritur, quæ et ipsa suo vitio itidem laboret. Nisi enim quid obstet stipulationi, cum eam interpositam esse constet, sine dubio iure publico suam vim habebit. §. *de constituta*, *Inst. de act.* Atqui cum utrobique huius rei caussam quæsieris, neutrobi facile reperias. Illud quidem principio in hac re mihi constitutum esse debere videtur, non ideo in proposito stipulationem pœnæ esse inutilem, quia priori inutili, quamvis impossibili adiiciatur, quasi solum prioris vitium huic noceat. Id enim non aliter fieri potest, quam si pœnæ stipulatio pendeat ex priore, eiusque sit accessio. Nam si sit; recte dicatur priore non consistente, ne accessioni quidem locum esse posse. *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur. L. 2. supr. de pec. leg.* Si
4 non sit; † semper illud tenendum est, nunquam unam stipulationem quæ per se utilis esse potuerit, per aliam inutilem vitiari. *L. 1. §. pen. supr. eod.* At pœnalis stipulatio prioris stipulationis, cui subiicitur, accessio aut sequela non est. Alioqui dicendum esset, ubicunque prior esset inutilis, toties nec pœnalem stipulationem consistere. Quod non ita est. Nam si quis stipulanti mihi promiserit se Titio daturum, et si non dedisset, pœnam; constat priorem stipulationem, qua stipulor alteri, inutilem esse; ac nihilominus pœnæ stipulationem utiliter adhiberi. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod.* Non ergo pœnæ stipulatio pendet ex priore, seu eius accessio
5 est. † Nec sane in hac quæstione ad istas species distinguendas quidquam ad rem facit, quod in superiore specie prior stipulatio rei possibilis stipulatio est; in hac specie, quam tractamus, prior stipulatio rei impossibilis. Satis est enim ad id, de quo nunc quærimus, si prior utraque pariter est inutilis; quamvis non pariter utraque impossibilis. Hoc enim posito consequens est, quod volumus, pœnalem stipulationem non esse accessionem seu sequelam prioris; postquam constat aliquando accidere, ut priore non consistente, tamen pœna subiecta committatur. Quod ni statuerimus ita esse, non effugiemus omnino, quin et contra naturam accessionum hic facere, et simul pugnantia statuere videamur, si priore stipulatione inutili constituta, pœnalem, idest, accessionem aliquando valere dicemus, aliquando non valere. Restat ergo, ut si quid obstet in proposito stipulationi pœnali, id sit in stipulatione ipsa, quam inutilem esse volumus, non in priore. At hoc angit eruditos, quod ne hic quidem ullum vitium in stipulatione satis occurrit. Nam id si quod est, aut in re sit, oportet, quæ in stipulatum deducitur, aut in fine dandi, aut in conditione stipulationis, aut in consensu contrahentium; posteaquam hic neque de personis stipulantis et promittentis dubitatur, neque de conceptione stipulationis. Res quæ promittitur, est quantitas; seu summa certæ pecuniæ, quæ natura et iure recte dari potest. Cuius generis res utiliter in stipulatum deducuntur. *L. si stipulor*, *supr.* Finis dandi non turpis, ut qui hic dicat turpem stipulationem non valere. *L. generaliter*, *supr. eod.* sed ut sibi quis acquirat, non ullius maleficii aut præteriti remunerandi, aut futuri invitandi caussa. Conditio hæc pœnalis stipulationis, si homo mortuus datus, status non erit, non modo non est impossibilis, ut hac de caussa reiiciatur stipulatio; sed est etiam necessaria: atque huiusmodi stipulationes, si nihil aliud obstet, placet statim valere. *L. 7. supr. eod.* Sunt ergo, qui putent vitium in eo esse, quod desit in pœna rei impossibilis contrahentium consensus. Defendi hoc potest in iis contrahentibus qui hominem, quem dari, aut sisti stipulentur, mortuum esse ignorent. Hi enim rem opinione sua possibilem in stipulatum deducendo, in eam, quæ talis esset, obligationem contrahi voluerunt. Ut si impossibilis reperiatur postea, sit contra eorum sententiam quidquam præstari, arg. *L. non omnis*, *supr. si cert. pet.* At si dederis eos, qui sciant hominem esse mortuum, si uni stipulanti alter promittat eum hominem sisti, ac nisi stiterit, centum; quomodo negemus, consensisse eos, ut centum præstarentur, si homo quamvis mortuus status non esset; cum tam aperte id illos fecisse appareat? Dices; sciebant hominem mortuum non posse sisti, et ideo credibile est hanc esse eorum cogitationem, ut nihil agi existiment in ea re, quam sciant esse impossibilem. *L. non solum*, *supr. prox. tit.* Hoc ad centum promissa nihil pertinet; hæc enim natura præstari potuerunt, si homo status non esset, idque ipsum sciebant contrahentes non tantum eventurum postea, sed etiam iam tum, cum contrahebant, evenisse. Ita quia res possibilis et sub conditione non tantum possibili, sed etiam necessaria promittebatur, ideo contraria de caussa præstari voluerunt. Omninoque hæc stipulatio, si hominem mortuum non dederis, non stiteris, centum dabis? similis est illi, si cœlum digito non tetigeris, centum dabis? Utrobique enim con-

conditio inserta est negatione detracta impossibilis. Constat autem posteriorem stipulationem sic esse acceptam, ut valeret, et præsens esset; *d. L. 7. supr. eod.* quod fieri non potuit, nisi in summam ea stipulatione comprehensam contrahentes consenserint. Cum his rebus declaratur stipulationi isti pœnali, de qua agimus, nihil facile obiici posse; tum vero ex iisdem illis licere videtur ea sumere, quibus ultro probetur pœnam rei impossibili subiectam nihilominus deberi. Nam primum si pœna stipulationi alioqui inutili subiecta committi potest, ut cum stipulor alteri dari, et nisi detur, pœnam: cur non sit consequens etiam pœnam impossibili stipulationi subiectam recte promitti? Quid enim amplius efficit ista impossibilitas stipulationis, quam ut stipulatio sit inutilis? Et ut aliquid efficeret amplius, quod fieri non potest: tamen iam supra effectum est, cum de vi pœnalis stipulationis quæritur, nihil referre, qualis sit prior stipulatio, utpote ex qua pœnalis non pendeat; sed qualis sit ipsa stipulatio pœnalis. Porro quæ impossibili stipulationi subiicitur pœnæ stipulatio, satis hoc quoque supra demonstratum videtur eam esse huiusmodi, quæ rem non impossibilem contineat. Iam et illam stipulationem valere constat, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? *d. L. 7. supr. eod.* Si illa recipitur, et hanc quoque valere oportet, si mortuum non dederis, decem dabis? quoniam utrobique eadem conditio est. Ut enim certum est promissorem in cœlum non posse ascendere, quæ res facit ut conditionis eventus sit necessarius: sic et illud non minus certum, mortuum dari: aut sisti non posse. Et disseruntur hæc omnia verissime adversus stipulationem pœnæ propositam, nisi eam ipsam per se vitiosam esse statuerimus; cuiusmodi eam esse fatendum est. Sed vitium quæritur. Et si quantitatem in ea non simpliciter ut quantitatem spectamus, sed ut pœnam, qualis promittitur, vitium non est admo-
6 dum obscurum. † Sic habendum est: Quæcunque rei impossibilis pœna est idest rei impossibilis nomine promissa, ea per se ipsa est impossibilis; ut non sit mirum, si eodem vitio laborans pœnæ stipulatio pariter cum priore non consistat. At enim certum est quantitatem certam pœnæ stipulatione contineri. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod.* nec minus certum est eam summam natura dari posse. Ita est. Sed animadvertendum est decem, quæ hac stipulatione promittuntur, non simpliciter promitti, sed ut pœnam. Promittuntur enim pœnæ nomine, hoc ipso quod promittuntur coercendi promissoris caussa, si quod prius promiserat, non fecerit. §. *ult. Inst. de leg.* et ideo usitate hæc quantitas appellatur pœna, ut hoc loco, et *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr.* §. *ult. Inst. eod.* et passim. Decem pœnæ nomine promissa, si ut impossibile quid fiat, promittuntur, sive hac conditione, si quis id quod impossibile promiserat, non fecerit; ut decem natura præstari possunt: ut pœna non
possunt. † Sciendum est enim pœnam esse 7
noxiæ et delicti vindictam, nec ullam pœnam esse sine fraude, idest, delicto. *L. aliud est fraus*, *infr. de ver. sig.* Proinde et in proposito nullam pœnam esse posse, ubi non sit delictum in eo, quod facere debueris. Nullum autem delictum, ac ne culpa quidem esse potest promissoris, ubi non præstitit, quod natura etiam si vellet, præstare non potuit. Quare nec in eo adversus eum ulla pœna natura intelligi potest. Quæ sententia confirmatur in *L. in testamento*, 27. *et L.* 6. *supr. de cond. et dem.* Hoc intellecto, eadem opera et de iis responsum est, quæ supra adversari vi-
debantur. † Concedo igitur pœnam inutili 8
stipulationi additam valere; sed hac conditione, dum ne sit ipsa pœnæ stipulatio impossibilis, aut alio aliquo vitio in se laboret. Qualem non esse constat, cum stipulor alteri dari, et nisi dederis, pœnam. Nunc autem quæ proponitur rei impossibilis pœna, eadem ipsa et per se est impossibilis, ut ostendi. Non nego etiam has stipulationes, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? et, si mortuum non dederis, decem dabis? conceptione esse similes, eandemque vim habere, si solæ inter se comparentur. Itaque ut illam, sic et hanc utilem, et præsentem esse concedo. Sed hac lege si ambæ solæ sint, nec incipiant a præcedente faciendi stipulatione, ut de priore scriptum est in *d. L. 7. supr. eod.* Sic enim fit, ut decem quæ sola promittuntur, non modo non sint pœna rei impossibilis, sed ne pœna quidem ullius rei; cum ante nulla res sit promissa. Nam si pœna est, ut dixi, delicti vindicta, ac nullum delictum promissoris esse potest, ubi is ex præcedente cautione facere nihil debuit: dicendum est, ubi nihil ante promissum est, seu nulla præcessit faciendi conventio, ibi nullam pœnam eius facti nomine esse posse. Non est ergo pœna, cum a principio ita stipulor, si in cœlum non ascenderis, decem dabis? quia hoc prius cautum non est, ut in cœlum ascenderes. Proinde nec rei impossibilis pœna; et quamvis conditio id

id postulet, ut in cœlum ascendas si ei parere vis; quod natura fieri non potest: non ideo tamen de eo quidquam cautum esse intelligitur. Ita est enim conditio omnis, ut de eo quod in conditione est, nihil statuat, nihil affirmet. Unde cum ita quis heres institutus est, si decem Titio dederit; placet Titio nihil deberi. *L. si quis sub conditione, supr. si quis omis. cau. test.* Sed est hæc stipulatio principalis, conditionalis quidem. Verum ex qua decem promissa non ut pœna debeantur, sed eo modo quo deberentur, si sub alia quavis conditione promissa essent. arg. *L. a Titio, infr. eod.* Quod si in hac stipulatione nulla pœna promittitur, sed tantum pecunia sub conditione; apparet nihil hic promitti, quod natura præstari non possit, et quia potest, nihil esse, quod non debeat præstari ex ea stipulatione, cuius conditio iam certo exstitit. Nos autem hic agimus de ea quidem stipulatione, quæ hanc eandem conditionem habeat, si promissor in cœlum non ascenderit, aut quod idem est, si hominem mortuum non dederit; sed tamen de stipulatione, qua pœna promissa sit sub ea conditione, quæ eadem ideo sit impossibilis, quia non possit natura ulla pœna in eo facto intelligi. Sic autem evenit, ut pœna videatur promitti, si prius cautum erit, ut promissor eadem illa faceret, idest, in cœlum ascenderet, vel hominem mortuum daret sisteretve, tum deinde nisi faceret, promiserit decem. Neque aliter pœnæ nomen usurpari, licet existimare ex his paucis locis inter innumeros. *L. 4. §. Cato, supr. L. ad diem, infr. eod. L. 2. et tot. tit. supr. si quis caut. L. diem, §. ult. et pene* toto tit. *supr. de rec. L. lecta, 5. si cert.*
9 *pet. L. prædia, supr. de act. em.* † Itaque quod in §. *ult. Inst. de leg.* eorum legatorum, quæ pœnæ nomine relinquuntur, afferuntur hæc exempla, heres meus si filiam suam in matrimonio Titio collocarit, decem dato; item, si non collocarit, decem dato, et similia, recte hæc omnia Ioannes apud Accursium sic accepit, si prius testator cavisset; ut heres faceret, aut non faceret id cuius caussa ab eo legavit. Nam præterquam quod ita interpretatur Theophilus in eum locum, ipse Iustinianus sic accipi debere aperte declarat in *L. unica, C. de iis quæ pœ. no.* ubi de his ipsis legatis agens ait ea pœnæ nomine relinqui, quæ iniunguntur heredi vel legatario ob id, quod dispositioni testatoris non paruerint; idest, ob id, quod ea non fecerint, quæ prius iussi erant a testatore facere, aut non facere, idque iuxta exemplum *L. in testamento, 1. supr. de cond. et dem.* † Osten- 10
dit autem ratio superior, quod generaliter hic scriptum est, pœnam rei impossibilis non committi, si homo mortuus sisti non possit; generaliter quoque debere accipi, ut sive ab initio stipulationis homo mortuus fuerit, sive cum ab initio viveret, postea sine culpa promissoris decesserit, neutro casu pœna committatur: quia et tunc delictum esse non posse incipit, cum homo desiit sine culpa posse præstari. Quo fit, ut exinde quoque pœna esse posse desinat. Hanc autem partem confirmat. *L. si vehenda, §. 1. illic, idem iuris erit, cum supr. ad leg. Rod.* Quod de stipulatione pœnæ rei impossibilis dictum est, hanc non magis valere, quam eam, cui subiicitur, ad omnem stipulationem pœnalem pertinet, quæ aliquid vitii ut superior, in se habeat. Quo detracto, illud tenebimus nunquam præcedentem stipulationem quamvis inutilem officere pœnæ stipulationi, quominus sola committatur, ut docuimus ad *L. stipulatio ista, §. alteri, in fin. supr. eod.*

Ad L. Mulier quæ 70.

Idem lib. XI. *ad Edictum.*

Mulier quæ dotem dederat populari meo Glabrioni Isidoro, fecerat eum promittere dotem, si in matrimonio decessisset, infanti: et decesserat constante matrimonio. Placebat ex stipulatu actionem non esse: quoniam qui fari non poterat, stipulari non poterat.

DE stipulatione infantis dictum est ad *L. 1. in princ. supr.*

Ad L. Cum quid. 71.

Idem lib. XIII. *ad Edictum.*

Cum quid ut fiat, stipulemur pœnam, sic recte concipiemus: *si ita factum non erit;* cum quid ne fiat, sic: *si adversus id factum sit.*

SUMMARIUM.

1. *Pœnæ stipulatio quomodo concipienda.*

1 POstquam veteres caverunt consultum esse in faciendi stipulationibus pœnam subiicere ob eas caussas, quas exposuimus ad *L. si pœnam, supr. eod.* consequens fuit, ne frustra id caveretur, ut ostenderent hoc etiam, quam recte et sine offensione iuris nostri pœna hic promitteretur, cum in faciendi, tum in non faciendi obligationibus. Quorum utrumque factum est eodem in loco in §. *ult. Inst. eod.* hinc autem est, quod de huiusmodi formulis præcipitur hoc loco, tum in *L. continuus*, §. *pen. infr. eod.* Quorum ratio etsi non est ita obscura, tamen ut planius intelligatur, notandum est semper pœnam promitti sub conditione, quæ sit contraria ei, quod in faciendi stipulationem deductum est; est enim neglectæ promissionis pœna. Eo fit, ut cum stipulamur quid fieri, veluti insulam ædificari, conditio pœnæ esse debeat; non si quid factum sit; sed contraria, *si id*, de quo cautum est, *factum non sit.* Proinde inutiliter ita conciperemus, si adversus id factum sit, cum hæc conditio hoc contineat, ut quid fiat. E diverso si stipulemur per te non fieri, pœnæ conditio esse hæc non potest, si id factum non sit, cum prius voluerimus nihil fieri; sed hanc esse oportet, si factum sit, quod noluimus. Quod commode exprimitur his verbis, *si adversus id factum sit.* Pro quo Cato dixit, si quid aliter factum sit, et plenius, si quid contra quam cautum est; factum sit. *L.* 4. §. *Cato, supr. eod.*

Ad L. Stipulationes non dividuntur. 72.

Idem lib. XX. *ad Edictum.*

Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt: veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo-octavo Digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur: si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secudum quem Celsus ait posse dici iuxta æstimationem facti dandam esse petitionem.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio quatenus inter heredes lege* 12. *tab. dividatur.*
2. *Stipulatio utrum dividatur necne, ex rebus in stipulatum deductis æstimatur.*
3. *In stipulationem aut res aut facta deducuntur.*
4. *Servitutes prædiorum divisionem non recipiunt.*
5. *Servitutis verbum, quomodo accipiatur.*
6. *Servitutes omnes, etiam personales, excepto uno usufructu, individuæ sunt.*
7. *Factorum quædam individua, quædam dividua*, et n. 9.
8. *Factum omne si per se spectetur, natura sua esse individuum.* et n. 22.
10. *De factis dividuis et individuis regula*, et n. 23.
11. *Rem tradi, cur factum contineat individuum.*
12. *Pars fundi quomodo pro indiviso possit possideri.*
13. *Fossam fodi, insulam ædificari, item Operæ, cur sint facta individua.*
14. *Rem restitui, et emptorem in caussa evictionis defendi, facta sunt traditioni rei similia, eoque individua.*
15. *Operis cuiusvis effectio ædificationi insulæ, destructio vero fossæ fossioni similis, ideoque individua.*
16. *Individuorum* } *factorum definitio.*
17. *Dividuorum* }

18. *Di-*

1 Dixi initio *L.* 2. *supr.* lege duodecim tabularum stipulationem dividi inter heredes: sed ita, si stipulatio divisionem seu partis præstationem recipiat cum natura rei promissæ, tum obligationis lege: alioqui non dividi, quia nec possit, aut debeat. ex *L. heredes*, §. *an ea*, *supr. fa. erc.* Hinc quæri solere, quæ stipulationes divi-
2 sionem recipiant, quæ non recipiant. † Id Ulpianus tractans hoc loco ac de iis agens, quæ sunt in faciendo, ita definit: *stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt.* Stipulationes earum rerum vocans stipulationes, quæ continent eas res, seu in quas eæ res deductæ sunt, quæ res divisionem non recipiunt. Ut intelligamus utrum stipulatio dividatur, necne, æstimandum esse ex iis rebus, quæ in stipulatum deducuntur, de quo plura ad *L.* 2. *supr.* Dicit autem de uno genere earum stipulationum, quæ non dividuntur; quia ex eo simul quid iuris sit de iis, quæ dividuntur, facile possit intelligi. Hinc docet,
3 quæ res non recipiant divisionem. † Ac cum in stipulationem aut res deducantur, aut facta: §. *ult. Inst. eod.* ordine de utroque dicit. † Ex rebus non recipere divisionem osten- 4
dit servitutes prædiorum. Id enim significat, cum exemplis usus servitutum rusticarum, non harum solum stipulationes ait esse earum rerum, quæ divisionem non recipiant, sed etiam cæterarum servitutum stipulationes. † Servitutis quidem verbum vi 5
sua generale est, quo continentur non minus personarum servitutes, ut usus et ususfructus, quam servitutes rerum seu prædiorum. L. 1. *supr. de ser.* Sed est idem et speciale quandoque, quod per excellentiam tribuitur solis servitutibus prædiorum; quia hæ solæ vere et proprie servitutes sunt. Sic verbum accipi constat in *L.* 4. et prope toto *tit. supr. de ser.* §. *ult. Inst. de us. et hab.* Prior significatio huic loco non convenit. Certum est enim usumfructum dividi posse. *L.* 5. *supr. de usufruct. L.* 1. §. *si ususfructus*, *supr. ad leg. Falcid.* Ita relinquitur posterior ex usu verbi, et natura rerum, de quibus agitur, ut servitutes prædiorum superioribus verbis contineantur, ne quid obstet, quod de usufructu diximus. † 6
Non solæ tamen prædiorum servitutes individuæ sunt, sed generaliter definiendum est

est omnes esse huius generis, etiam quæ sunt personarum, uno excepto usufructu. *d. L.* 1. §. *si ususfructus*, *supr. ad leg. Falcid.* sed de his satis dixi ad *d. L.* 2. §. *et harum*, *supr. eod.* Bene autem Ulpianus, cum de rebus diceret, quæ divisionem non reciperent, solum servitutum mentionem fecit: quia, ut illic etiam ostendi, ex omni-
7 bus rebus solæ individuæ sunt servitutes. † De factis ita scribit, ut quatuor tantum commemoret exempli caussa; quæ sint individua, et addat, *vel quid his simile.* Quibus verbis apparet non hoc eum dicere omne quod quis faciendum stipulatus sit divisionem non recipere; ne quis forte huic loco opponat sententiam Catonis ex *L.* 4. §. *Cato*, *supr. eod.* sed contra esse quidem iis quæ retulit, alia etiam similia individua scilicet: verum et quædam etiam non esse. Ut ad defensionem Ulpiani non sit necesse hoc loco aliam faciendi significationem quærere, quam usitatam, et eam quæ non operibus tantum mechanicis conveniat, sed etiam operis promissis. Interim his verbis dubium relinquit, quæ facta sint individua, quæ non sint; et cur hæc potius, quam illa. Ad quod explicandum regula est opus, qua genera ista diiudicentur; ex qua eadem possit intelligi, cur ea, quæ dicit, individua sint, tum quæ sint similia his, aut non
8 similia. † Sic igitur habendum est, omne factum si per se spectetur, natura sua esse individuum. Neque enim per id tempus, quo quid facis: licet dicere partim te id facere, partim non facere: sed omnino aut facis, aut non facis: nihil est tertium. Cum autem fecisti, ipsum illud factum, illa actio tua multo minus dividi potest, non est enim res in natura, aut iure consistens, sed ea, quæ simul atque edita est, evanescit, quantumcunque actio opus aliquod post se reliquerit; ut, si quis ædificaverit insulam, ipsa quidem insula relinquitur, quæ et dividi potest; at opera ad extruendam insulam adhibita, et tota actio exædificationis statim præterit, nec post actionem primam
9 amplius superest. † Unde igitur facta quædam dividua, quædam individua? Ex rebus, propter quas illa exercentur: non enim semper promittuntur facta simpliciter; sed adiunctis rebus quibus illa attribuuntur. Utputa promittit quis tradere, sed rem certam, ut fundum, equum, lancem; ædificare, sed insulam, armarium, navem. Ita et traditio ista versatur in re, quæ tradi debet, et ædificatio in opere, quod oportet extrui. Ut autem hæc facta exercentur in istis rebus, ac propter eas etiam promissa sunt, ita placuit; ut ea-
rum etiam sequantur conditionem. † Sit 10
ergo hæc notio et regula factorum: ut eæ res quarum gratia factum instituitur, divisionem natura recipiunt, aut non recipiunt; ita sunt earum facta dividua, aut individua. Si res in totum dividi non potest, aut non potest ita, ut salva maneat; factum quoque quod propter eam exercebitur, individuum erit: sin potest res ita dividi, ut post divisionem nihilominus salva sit; etiam factum quod in singulis partibus separatim exerceri potest, sic accipietur, quasi et ipsum sit dividuum. Prioris generis exempla sunt hæc quatuor, quæ hic proponuntur, rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, operæ. Hæc si quærimus, cur placeat esse individua potius, quam rem dari, ratum haberi, pecuniam peti, et similia, cum pariter omnia facta sint; reperiemus caussam in eo esse, quod exerceantur earum rerum gratia, pro quarum parte impleri non possint, et ideo non possint, quia res ipsæ discretas partes per id tempus, quo quid fit, non admittant. Quod ut certius intelligatur, operæ pretium est expendere separatim singulorum rationem. Observandum est autem ex illis quatuor factorum generibus propositis, primum genus versari in re quæ iam sit in rerum natura; posteriora tria conferri ad rem nondum natam, sed futuram; quam
fieri promittamus. † Prima species, rem 11
tradi, plus habet dubitationis. Nam cum, ut dixi, posita sit in re quæ iam sit, quæ quia constet suis partibus natura, non minus possit dividi, quam si rem dari stipulemur; difficile est existimare, cur non æque in eam videatur dividuum factum deduci. Sed nihilominus ita se rem habere reperiemus, ut ideo non possit tradi pro parte, quia nulla hic pars sit rei, quæ separatim tradi possit, ut cum tradetur, possit dici rem tradi pro parte. Aut enim partem divisam tradi volumus aut indivisam. Si divisam, hæc non est pars rei, de qua cautum est: non enim potuit hæc pars exsistere, nisi corpore rei in partes certas et discretas secto. Post quam divisionem res esse desinit, quæ prius fuerat, et de qua cautum est, ac pro uno corpore, iam duo diversa esse incipiunt: idque non in animalibus tantum, et ædibus intelligitur, sed etiam in fundo, qui tamen commodius dividi potest regionibus, quam ædes. *L. si quis duas*, §. 1. *supr. com. præd.* Quæ res iam esse desiit, huius nulla pars potest intelligi: sed omnium minime dici potest ea res tradi pro parte. Dici quidem possunt singulæ partes rei, quæ prius fuerat, nunc tradi: at ipsa res,

quæ

quæ amplius non est, procul dubio neque hoc, neque alio modo, idest, neque solida, neque pro parte tradi dici potest. Quod si indivisam partem tradi volumus, est hæc quidem in re, de qua cautum est; nec nisi re integra manente intelligitur; sed non est eiusmodi, quæ tradi possit sine alia, aut potius, quæ tradi possit, nisi toto corpore rei in solidum tradito. Huiusmodi enim pars non est re vera, non est denique natura; animo tantum intelligitur. *L.* 5. *infr. de stip. ser. L. Mævius*, §. 1. *supr. de leg.* 2. de quo dixi pluribus ad *L. in stipulationibus*, *supr. eod.* Ideo ita intelligitur, ut sit tamen cum aliis partibus confusa, certe quidem ita coniuncta, ut nequeant aliæ ab aliis separari, seu dividi: unde dicuntur indivisæ *d. L.* 5. *infr. de stip. ser.* Sic fit, ut res de qua tradenda cautum est, tradi pro parte nullo modo possit ideo, quia has partes non recipiat, quæ tradi possint. Opponitur hoc loco, *L. locus*, *supr. de acq. poss.* Ubi diserte scriptum est, partem pro indiviso possideri, et per longam possessionem capi posse. Sed cum hoc concesserimus, ut est verissimum, non ideo efficitur hanc ipsam partem pro indiviso solam tradi posse, seu ita tradi, ut res dici possit tradi pro parte, de quo nunc quærimus. Necesse est rem totam tradi ei, cui partis unius possessionem quæsitam volumus; si verum est, quod diximus partes indivisas ita inter se esse confusas, ut nulla tradi possit sine altera; eiusque rei certissimum argumentum est, quod ab uno ex sociis placuit servitutem fundo communi acquiri non posse. *L. si unus*, *supr. de ser. præ. rust. L. si quis duas*, *in princ. supr. com. præd.* non enim ob aliam caussam placuit, quam quod alienæ parti acquirere non potest. *L. proprium*, *d. L. si quis duas*, *com. præd.* Suæ autem non potest acquirere, quin acquirat alienæ propter partium confusionem. Sed cum res integra alicui tradita erit, non acquiret tamen possessionem nisi partis rei, si volet; quia possessio ut corpore, sic non nisi animo acquiritur. *L.* 3. *supr. de acq. poss.* Itaque qui volet partem indivisam in
12 fundo possidere, id quidem potest consequi; sed consequetur hoc modo. † Is possessore inducente in fundum veniet eo modo, quo fieret, si totius fundi possessionem nancisci vellet ex præscripto. *d. L.* 3. Hic si erit hoc animo ut velit partem possidere, hanc ita possidere incipiet, ut nihil possideat amplius. Illam quidem possidebit ideo, quia in eam et corpus et animus possidendi concurrunt: non possidebit cæteras; quia etsi per unam cæteras quoque corpore attigit; tamen in eas deest animus, sine quo, ut dixi, possessio acquiri non potest. Sed præcipue hic obstare videtur exemplum stipulationis dandi: nam si res pro parte indivisa dari potest, ut constat *L.* 2. *supr.* cur minus pro indivisa tradi potest? Et de eo dicetur commodius postea in dividuis faciendi stipulationibus. † Posteriora hæc tria, fossam 13
fodi, insulam ædificari, item operæ, expeditam admodum habent rationem. Ut enim quis dederit fossam factam, itemque operam exhibitam esse aliquid, quod subsistat in rerum natura, itidem ut insulam iam perfectam, quæ et est, et in partes dividi non potest (quod tamen neque de fossa, neque de opera recte dici posse videtur, cum opera exhibita præterierit; fossa autem non tam sit res, quam rei privatio) tamen de his iam perfectis nihil hic promittitur, sed de futuris, seu non factis, ut fiant. Nihil istorum pro parte fieri posse dicimus: idque manifesta ratione, quam Caius significat in *L. si is qui quadringenta*, §. 1. *supr. ad leg. Falc.* quoniam non sunt prius, quam facta sint. Eius porro rei, quæ non est, nullæ partes natura intelligi possunt: partes enim sunt alicuius totius partes, ut neque sit totum sine partibus, neque partes sine toto, utpote ex cuius solius collatione dicantur partes. Non esse autem ista prius, quam facta sint, sic ille demonstrat. *Neque enim*, inquit, *ullum balneum*, *ullum theatrum*, *aut stadium fecisse intelligitur*, *nisi qui ei propriam formam dederit. Hæc vero ex consummatione contingit.* Scripta quidem hæc esse apparet de opere et corpore aliquo futuro; sed et in fossa, et in operis eadem ratio est. Ut enim instituitur ædificatio propter insulam futuram, ut sit; ita fossio ad fossam faciendam; ita labor ad operam edendam. Atque ut non est insula prius, quam extructa sit; sic nec fossa prius, quam facta sit, nec opera prius, quam impleta. Quod si opera est diurnum officium, ut definitur in *L.* 1. *supr. de op. lib.* idest, quantum quis interdiu possit operando efficere: intelligimus nisi quis totum diem hoc officium præstiterit, ante operam impletam non esse, eoque nec esse operam: cuius proinde ante id tempus nullæ partes esse possint, non magis quam insulæ nondum factæ. Traditum est in *L. in stipulationibus*, §. 1. *supr. eod.* stipulationem plurium operarum dividi numero. Quod non est huic loco contrarium. Ipse enim numerus operarum maior in minores dividi potest

test: operæ ipsæ singulæ sunt individuæ. Ac de singularum operarum stipulationibus hic agi vel hinc liquet, quod propositio ipsa concepta est de stipulationibus earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Ibidem scriptum est, si unam operam servus communis stipulatus fuerit; posse utrumque dominorum partem operæ petere, atque adeo id facere utrique necesse esse. Hoc amplius etiam traditum est in *L. si quando, supr. de op. lib.* si quando pluribus patronis libertus promiserit operas, non tantum partem operæ peti posse, sed etiam deberi. Sed ne hoc quidem significat ipsam operam dividi, aut pro parte præstari posse. Utrumque enim de præterita opera scriptum est: cum ut est in *d. L. si quando*, semper præterita opera, et quæ iam dari non possit, petatur. Operam præteritam peti cum legimus, æstimationem peti operæ intelligere debemus, non operam: sic enim observatur in iis rebus, quæ dari posse desierunt, et tamen debentur, qualis est opera præterita, ut quoniam ipsæ præstari non possunt: ideo duret petitio æstimationis earum. *L. in re, supr. de cond. fur.* Æstimationem operæ dividi non negamus. Quinimo diserte paulo post hic scriptum est, si factum non sit, quod debuit, pecuniam dari oportere, ideoque et in hoc genere stipulationem dividi. Ex quo iure superiorum locorum sententiæ de parte operæ petenda natæ sunt. Quod Iulianus confirmans in *d. L. in stipulationibus*, §. 1. ait in ista petitione solutionem hanc futuram, ut æstimationem offerat libertus, si velit; aut consentientibus patronis operas in commune edat. Quod si de opera ipsa agetur, non de eius æstimatione, hic vero dicetur, quod idem Ulpianus sibi consentiens definit in *L. libertus*, §. 1. *supr. de op. lib.* neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte posse operam. Addit Ulpianus hoc loco, *vel quid his simile.* Non sunt ergo sola ea facta, quæ commemoravit, individua; sed et alia innumera, si species spectemus: ea tamen, quæ sint superioribus similia, vi-
14 deamus. † Et traditioni rei similia sunt ea facta, quæ in se traditionem, aut traditionis, seu possessionis retentionem inclusam habent: cuiusmodi sunt hæc duo, rem restitui, et emptorem defendi in caussa evictionis. Nam et in restituendo inest tradere, cum restituere nihil aliud sit, quam rursum tradere: et hoc ipsum defendere est, præstare emptori, ut ei rem venditam habere, tenere liceat. Ideo placet neutrum fieri posse pro parte, non magis, quam rem tradi. De priore est in *L. si duo, supr. dep.* de posteriore in *L. cum ex caussa, infr. eod.* de utroque coniunctim
in *L. 4. §. ult. supr.* ubi dixi. † Insulæ 15
ædificationi similis est, cuiusvis operis effectio, ut theatri, balnei, navis, armarii, et similium. *L. in exsecutione*, §. *secunda, infr. eod. L. si is qui*, §. 1. *supr. ad leg. Falc.* Fossæ fossioni similem dixeris operis cuiusque destructionem. Nam nec fossa, qui locus est, unde effossa est terra quæ prius fuerat; nec insulæ aut operis facti demolitio quidquam aliud est, quam privatio rei prioris. Itaque non magis opus aliquod pro parte restitui, idest, destrui potest, quam fieri, ut diximus ad *d. L. 4. §. ult. supr.* quod et illic inter cætera traditur. Planeque utrumque eadem ratione nititur, ut et in fossa supra diximus. Ut enim non est insula prius, quam facta sit; sic nec restitutio operis prius, quam hæc restitutio confecta fuerit: itaque ante quam id contigerit, eius restitutionis quæ non est, non magis ullæ partes intelligi possunt, quam insulæ nondum factæ. Quod si nondum restituto toto opere, restitutionis eius nullæ sunt partes, apparet destructionem operis facti per partes restitutionis operis exerceri non posse. At enim insulæ iam factæ, quam restituere oporteat, suæ sunt partes, ut tectum parietes, fundamentum: quarum unamquamque separatim destrui posse constat. Sed ut in ædificatione insulæ de ædificatione iudicamus ex re propter quam instituitur, nempe ex insula: et in fossa fodienda fossionem spectamus non ex terra quæ eximitur, sed ex fossa, propter quam instituitur fossio: sic et in destructione operis, seu insulæ, si de divisione eius quæritur, non de ea ex insula, sed ex ipsa restitutione futura iudicare debemus. Propter hanc enim omnis destructio præcedens instituitur, non propter insulam; adversus quam potius tota hæc demolitio comparata est. Iam autem dixi nondum destructo toto opere, restitutionem operis nullam esse. Ita relinquitur nec ante eius ullas esse partes, per quas dici possit illa restitutio contingere. His exemplis expositis, et singulorum ratione cognita, licet iam videre, quæ summa omnium fiat, atque ita breviter com-
plecti: † Individua facta esse, quæ confe- 16
runtur aut in res futuras, ut fiant, aut in rem præsentem quidem et subsistentem in rerum natura, sed unam partibus indivisis constantem, ut in ea aut de ea fiat aliquid. Nam priores cum nondum sint, interim ne partes quidem habere; posteriorem habere partes, sed non discretas. Hanc rem facere,

ut

ut neque illic pro parte quæ non sit, quidquam possit fieri; neque hic pro ea solum parte, quæ sit quidem, sed non ita; ut in ea quidquam possit fieri sine altera, quæ est confusa. Iam quæ sint dividua facta, paucis consideremus; postquam aliqua esse constat, et Ulpianus hoc loco satis declarat, cum de reliquis factis, quæ non recensuit, ita scribit, ut non dicat, de omnibus idem dicendum esse, quod de prioribus, sed solum de eo, quod sit his simile. Et si vera est superior definitio de factis individuis, ut est verissima; facile est intelligere contraria de caussa hoc ita eve-
17 nire, † ut si qua facta sunt dividua, ea sint, quæ conferantur in res dumtaxat præsentes, neque rursum omnes, sed in eas solum, quæ partes habeant natura discretas, quarum in singulis quod fieri promissum est, separatim possit exerceri sine detrimento totius rei aut partium. At ubi hæ res reperientur, cum singulas species dixerimus constare quidem suis partibus, sed
18 indivisis? † Et huius generis res sunt, quæ constat quantitate discreta, quarum partes ita sunt, ut una tantumdem præstet, quantum alia pro portione: cuiusmodi sunt, summa certæ pecuniæ, et fructus. Nam et summa minor pluribus minoribus, iisque discretis constat; nec fructus nascuntur ex re aliqua, nisi separati alii ab aliis. Ergo huiusmodi stipulationes faciendi divisionem recipiunt, quibus cavetur, ut vel pecunia credatur, vel fructus rei præstentur, tradanturve, vel eos capere liceat. Id ita esse cum natura rerum nos docet, tum vero manifeste declaratur argumento earum stipulationum, quæ sunt in dando. Has divisionem recipere constat sive pecuniam dari stipulemur, sive speciem aliquam corpore constantem: de quibus dictum est ad *L.* 2. illic, *et harum*, supr. eod. Atqui etiam dare facere est, *L. verbum facere*, *infr. de verb. sig.* quinimo in dando etiam inest rem tradere. Quoniam non dantur res, idest, non transfertur earum dominium; nisi tradendo. *L. traditionibus*, *C. de pact.*
19 *L. quoties*, *C. de rei vind.* † Cur ergo hæ admittunt divisionem potius, quam *rem tradi*? non enim ad rem pertinet, si quis dicat, in stipulationem dandi deduci corpora constantia suis partibus natura. Nam et in stipulatione *rem tradi* de eiusmodi rebus agitur: quarum si pars pro indiviso tradi non potest sine altera tunc, cum eas ex stipulatione tradendi tradere volumus: ne tum quidem poterit, cum eas ex stipulatione dandi volemus tradere ad dominium transferendum. Cur ergo, inquam, stipulatio dandi divisionem recipit potius? Quia in hac stipulatione verbo dandi non tam res quæ promittitur verbis, quam eius commoda et fructus continentur. Dare enim est dominium transferre. §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Dominii autem vis et potestas omnis sita est in fructibus et emolumentis rei percipiendis: ad quam etiam perceptionem omnis acquisitio rei, et dominii translatio refertur. Propter fructum igitur rei dividua est dandi stipulatio, non propter rem ipsam tantum: quæ si sola in stipulatum venisset, non magis pro parte tradi posset ex stipulatione dandi, quam potest ex stipulatione *rem tradi*, cum utrobique res una sit, cuius partes quamdiu res integra maneat, seiungi non possunt, partium confusione necessario eam divisionem prohibente. At fructus quamvis eiusdem rei pro parte indivisa rei tradi possunt, sunt enim ipsi divisi inter se omnes et discreti natura, ut non sit metuendum, ne cum eos pro una qualibet parte rei transferre aut percipere volemus: id fieri non possit sine aliorum fructuum translatione aut perceptione. Et ad eam rem dominium partis pro indiviso transfertur; non quia dominium discretas eiusmodi partes habeat, aut etiam ullas habeat re vera, cum non sit corpus, sed quia ea contineat, quæ ab eo qui dominus sit pro dimidia aut tertia, aut quarta parte rei, ad eam quoque partem iure percipiantur. *L. qui scit*, *supr. de usur.* Id autem fit non tradita una parte fundi, si de fundo agitur, sed toto fundo tradito, ut supra de possessione partis acquirendæ fieri diximus: sic tamen, ut hoc modo non utriusque, sed unius tantum partis indivisæ, quæ traditur, et possessio et dominium acquiratur: propter animum acquirendi et transferendi videlicet, qui in hanc solum partem concurrit; sine quo nec possessio acquiritur, nec dominium, *L.* 3. *supr. de acq. poss. L. in omnibus rebus*, *supr. prox.*
tit. † Et ideo bene definitum est a Baro- 20
ne, ubi stipulatio faciendi aut etiam dandi non progreditur longius, quam ut re tradita eam tenere, eaque uti liceat, neque verbo faciendi continetur ius fruendi toties stipulationem esse individuam: qualis est stipulatio, *rem tradi*, et quæ idem valet, stipulatio *vacuam possessionem tradi.* Hac enim præcipue continetur, ut rem tenere et possidere liceat. Quorum utrumque est facti; *L.* 1. §. 1. *et seq. supr. de ac. pos.* eoque non iuris ad fructus percipiendos constituti, cum possit quis ista habere, ut tamen fructus suos non faciat.

Con-

Contra vero ubi factum spectat ad fructuum et commodorum rei acquisitionem, quale est dare, ibi ex conditione fructuum accidere recte ait, ut sit stipulatio dividua; quia fructus discretas partes habeant. Id quam verum sit, declaratur argumento ususfructus, cæterarumque servitutum, cur enim placuit illum dividi posse, cæteras autem servitutes esse individuas: *L.* 1. §. *si ususfructus, supr. ad leg. Fal.* cum pariter omnes servitutes sint, et omnes in iure pariter consistant? nimirum quia etsi ususfructus in faciendo consistat, id est, utendo fruendo: *L.* 1. *supr. quan. di. ususf. leg. ced.* procedit tamen hoc factum longius, pertinetque ad fructus percipiendos, res non tantum dividuas, sed etiam sua sponte divisas natura: cæteræ servitutes in nudo usu sunt positæ, qui ob eam caussam etiam indivisus est. *L. viæ, supr.*
21 *de ser.* † Ex eadem regula superiore hæc facta dividua sunt, dolum admittere in re, quam recte reddere debueris, eam oppignerando; item petere aut pecuniam, aut rem aliquam corporalem dari. Nam cum in pignore dando ius fructus percipiendi transferatur in creditorem, *L.* 2 *C. de pig. ac.* certe transferatur ius vendendi pignoris, id est, dominii alium transferendi, *L. non est novum, supr. de acq. rer. dom.* quas res omnes suas partes habere discretas supra diximus: consequens est superioribus rem pro parte indivisa oppignerari, et hactenus dolum admitti posse. *L. unica, C. si com. res. pig. dat. sit.* Multoque citius idem dixeris in petitione rei dandæ, qua aperte id agitur, ut dominium transferatur in petitorem. Quod si hæc dividua erunt; et illa his contraria, dolum abesse, et amplius non agi, seu rem ratam haberi, si modo de iisdem rebus non oppignerandis, aut non petendis agetur. Nam si pro parte licet oppignerare rem aliquam, licet et non oppignerare pro parte: et si licet petere pro parte, licet et pro parte non petere. Imo vero quod pro parte solum res oppignerari aut peti dicitur, non alia de caussa fit, quam quod altera non oppigneratur, non petitur. Alioqui res tota oppignerari, et tota peti diceretur. Unde hæc eadem duo Paulo quandoque dividua, dolum malum abesse, et rem ratam haberi. *L.* 4. §. *Cato. supr. eod.* de qui-
22 bus illic dictum est. † Ex his apparet verum esse, quod supra posui, facta omnia si per se spectentur, non esse eas res, quæ possint dividi. Nam et si aliquid fiat in parte rei, non eo minus hic factum unum est; quod ob eam caussam non est divisum. Et si idem modo fiat in una parte, modo in altera, non ideo tamen re vera factum dividi dixeris. Plura enim hic facta sunt a se invicem iam ab initio distincta, non unum, quod postea in partes dividatur. † Sed ita est, ut dixi. Facta ipsa 23
ex rebus æstimantur: ex his dicuntur dividi, aut non dividi. Nam si hæc de una re, aut una summa promissa in partibus discretis eius rei exerceri possunt, dividua habentur, quia rebus serviunt, in quibus exercentur; si non possunt, naturam suam per omnia servant, suntque plane individua.

Celsus tamen) † Tria dixerat Ulpianus. 24
Primum generaliter definierat stipulationes non dividi earum rerum, quæ divisionem non reciperent. Deinde exemplis earum utens addiderat huiusmodi stipulationes in rebus esse servitutum stipulationes. Tertio loco eiusdem generis esse et faciendi stipulationes eas, quas recenset, et similes. In definitione superiore nihil nunc mutat: et recte: est enim verissima et perpetua: neque enim lege dividi possunt, quæ natura sunt indivisa, *L. heredes*, §. *an ea, supr. fa. erc.* Ne in exemplo quidem servitutum quidquam mutat, congruit enim definitioni: cum non possit dici servitute in stipulatum deducta aliud quidquam unquam inde deberi, quam servitutem. Hæc autem aperte divisionem non recipit. *L. viæ,* 25
supr. de ser. † Tertium, quod de faciendi stipulationibus posuerat, indicans has quoque pertinere ad definitionem, id est, divisionem non recipere, docet hoc loco non esse perpetuum. Non quod stipulatio rem individuam, seu factum individuum continens alia esse possit, quam individua secundum definitionem supra scriptam: sed quia in hoc genere stipulationum non semper factum præstari debeat, sed sit tempus, cum pecuniam dari oporteat, idest, cum pecunia incipiat deberi: tunc nimirum, cum non fuerit factum, quod promissum est. Id cum eveniet, iam commutata ratione superioris definitionis etiam stipulationem exinde dividi necesse erit, quia quantitas partis præstationem natura recipit. *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* ut consequens sit etiam quod subiicit, et iuxta facti æstimationem dandam esse petitionem. Itaque si quis sententiam Ulpiani suis partibus comprehensam explicare velit, locus hac argumentatione constat: In faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est, pecuniam dari oportet, æstimationem nimirum eius quod interest, quod stipulatione continetur. Omnis autem *dandi*, sed præcipue pecuniæ, et quan-

quantitatis stipulatio divisionem seu partis
præstationem recipit. Proinde et faciendi
stipulatio omnis hac eadem conditione di-
visionem recipit, si non fuerit factum, quod
promissum est. Hæc Ulpiani collectio est
ad probandam faciendi stipulationum divi-
sionem comparata: sed qua nihil certi ef-
ficitur, nisi prius constiterit, cuiusmodi sit,
quod ponit, in faciendi obligationibus pe-
26 cuniam dari oportere. † De quo tamen ma-
gnæ fuerunt omnibus ætatibus, et sunt
nunc etiam dissentiones. Sunt enim et hi
quidem numero plures, qui cum Martino
hoc loco, et in *L. 1. supr. de act. em.* sta-
tuant in faciendi obligationibus factum in
obligatione versari, non pecuniam, non id
quod interest; quia fieri quid promissum
sit, non promissum id quod interest. Ita-
que non in id solum agi posse, ut quod
promissum est, fiat, sed etiam promisso-
rem ad faciendum præcise posse cogi. Nec
unquam evenire, ut pecunia debeatur, ni-
si cum amplius fieri non potest, quod pro-
missum est. Quæ sententia si vera est, con-
sequens erit nec faciendi stipulationem an-
te id tempus dividi. Quod si quis statuet
id, quod magno consensu a iuris auctori-
bus traditum est, in obligationem facien-
di venire id quod interest, idest, conditio-
ne ipsa obligationis pecuniam deberi: ta-
men quærendum erit, quam recte videatur
hoc statui, verbis in speciem refragantibus.
Si nihil aliud; certe hoc erit dubium, ex
quo tempore incipiat venire, et cum vene-
rit, utrum solum sit in obligatione, an ve-
ro una etiam id quod fieri promissum est;
quibus non constitutis nihil certi, ut dixi,
nec de divisione ipsa stipulationis statui po-
test. Multis igitur de caussis faciendum est,
ut de hac parte prius hoc loco dicatur, et
quia res per se cognitione digna est; et
quia hic locus hanc explicationem postulat,
sive quod utramque partem hic posuit Ul-
pianus, sive quod posterior de divisione
intelligi non potest, nisi constituta priore.
Postremo quia pertinet ad hunc tractatum
de verborum obligationibus, statui quid in
quamque stipulationem veniat tum dandi,
tum faciendi, ut liceat id petere et iudicio
consequi; sed præcipue in obligationibus
faciendi, quæ singularem quandam in hac
re dubitationem habent. Ac cum aliis quo-
que locis quibusdam ius traditum sit de
hac quæstione sub hoc titulo: nusquam ta-
men expositum est apertius aut plenius,
quam hoc loco; est enim hic generalis de-
finitio de stipulationibus faciendi omnibus,
collata non ad unum tempus condemnatio-
nis, ut in *L. si quis ab alio, in fin. su-
pr. de re iud.* sed ad obligationem ipsam,
quæ stipulatione contrahitur, quæque omni-
bus temporibus una est. Sic ergo definitio
est huius loci; ubi quid fieri stipulamur,
si non fuerit factum, pecuniam dari opor-
tere. Ea quid valeat, videamus. Id ita fa-
cillime assequemur, si considerabimus, quæ
eius partes sint, ac de singulis ordine co-
gnoscemus. Tria sunt autem in ea spe-
ctanda. Primum quo de genere stipula-
tionum hic ius statuatur: deinde qua con-
ditione: postremo quodnam id ius sit. De
faciendi stipulationibus definitio concepta
est. Conditio hæc, si quod fieri stipula-
mur, factum non fuerit: Ius quod ex
hac conditione statuitur, pecuniam in eo
genere dari oportere. Hæc sigillatim ex-
pendamus. Ubi *quid fieri stipulemur*, in-
quit Ulpianus. Ergo de faciendi obliga-
tionibus definitio, ut dixi, scripta est, ut
et in *L. si quis ab alio, in fin. supr.
de re iud.* Inepte, si et in stipulationi-
bus dandi idem iuris est. Proprium vero
hoc ius est stipulationum faciendi, ut nisi
fiat, quod promissum est, id quod interest,
debeatur: nam in dandi stipulationibus ipsa
res in obligationem venit, quæ verbis com-
prehensa est, nec quidquam petitur aliud.
*L. ubi autem, §. ult. L. si servum, §. ult.
infr. eod.* Sed si recte placuit ex dandi sti-
pulatione deberi rem stipulatione compre-
hensam, atque adeo aliud deberi non po-
test; *L. quidquid, infr. eod.* an non contra
ius facimus, si aliud statuimus in stipulatio-
nibus faciendi? Si quidem aliud statuere-
mus, sane contra ius fieret: nunc autem
cum dicitur ex faciendi stipulatione de-
beri id quod interest, non aliud dicimus
deberi, sed idem. Ideo enim hoc debetur,
quia et in stipulationem venit, quia in sti-
pulationem deducitur, ut paulo post dice-
mus. Cur ergo istas stipulationes distingui-
mus, si pariter ex utroque genere id de-
betur, quod stipulatione est comprehensum?
Non utique in eo, quod in stipulationem
deducitur; sed in eo, quod videtur dedu-
duci, seu in eo quod verbis significatur.
Aliud enim atque aliud in utrumque genus
significatione voluntatis deduci intelligitur.
Nam in stipulationem dandi id venit, quod
verbis expressum est, quia nec aperte aliud
actum est. In stipulationem autem facien-
di, non id, quod verba prima fronte osten-
dunt, sed quod significatur eorum senten-
tia; vel potius quod continetur sententia
contrahentium, quæ verbis declaratur. Id au-
tem est, quod interesse dicimus. Quæ sen-
tentia unde colligatur, dicetur postea, cum
ad eam partem venerimus. Hoc autem quo-
niam

niam præter verba fieri videbatur ex interpretatione voluntatis, ideo ad id cavendum singulari et huius generis propria definitione opus fuit, quam inde tot locis traditam legimus, ut hic. *et L. si quis ab alio*, §. *ult. supr. de re iud. L. si pœnam*, *supr. L. quoties quis*, *L. si quis stipulatus*. 112. *infr. eod.* et innumeris aliis in locis. Non continuo in faciendi obligationibus pecuniam dari oportet; sed hac conditione, si factum non fuerit, quod fieri promissum est: puta, si ex iis exemplis stipulationum, quæ supra proposuit Ulpianus, res non sit tradita, fossa non facta, insula non ædificata, operæ non editæ.
27 † Hanc conditionem quomodo accipimus; utrum ita, ut simulatque factum non fuerit, quod promissum est, pecunia debeatur, sive per rerum naturam fieri potuerit, sive non potuerit? Nam id verba admittunt. Eum enim qui promisit se insulam ædificaturum, quacunque de caussa prohibitus sit, ne faceret, si non fecit, semper verum est insulam non ædificasse etiam ab initio stipulationis. Sed non sic accipimus: alioqui dicendum esset in hoc genere stipulationis semper promissorem statim et sine ulla conditione pecuniam dare oportere, quod conditioni hoc loco adiectæ adversatur. Quid ergo est? ex natura rei promissæ conditio sic accipienda est: si non fuerit factum intra id tempus, quo per rerum naturam fieri potuit, pecuniam dari oportet. In omnibus enim faciendi obligationibus ex re ipsa inest tempus, quo per rerum naturam potest præstari, quod promissum est, et ante quam id præterierit agi non potest: unde intelligitur nec ante quidquam dari oportere. *L. interdum*, *infr. L. si ita*, 14.
28 *supr. eod.* † Sed ut ante id tempus nihil debetur, ita postquam præteriit, si factum non est, quod debuit, nisi dies stipulationi adiectus amplius spatium ad faciendum dabit, ex conditione definitionis pecuniam dari oportet. Quo loco expendenda conditio est. Non enim dicitur, pecuniam dari oportere, si id quod fieri stipulemur, amplius fieri non possit; sed simpliciter, si non fuerit factum. Qua una conditione satis refelluntur ii, qui putant in faciendi obligationibus sic pecuniam seu id quod interest, deberi, si factum amplius per rerum naturam præstari non possit: alioqui factum ipsum in obligatione et præstatione esse, non pecuniam. Quid enim; an hæc eadem sunt, si quod fieri promissum est, factum non fuerit; et, si id amplius præstari non possit? Sed perspicuum est multum inter has conditiones interesse: cum posterior neget pecuniam deberi ac præstari posse, quandiu fieri possit, quod promissum est; prior confirmet omni modo deberi, sive adhuc fieri possit quod fieri stipulamur, sive non possit, dum modo constet intra id tempus quo natura fieri non potuit, factum non esse. Nisi quis dicat etiam posteriorem hanc conditionem hic intelligi debere. Sed si hoc recipimus, quid dici potest ineptius veteribus in hac definitione? qui cum conditionem adiicere vellent, eam quæ erat necessaria, et sola sufficiebat, omiserunt; quod autem est stultius, eam quæ non erat idonea et quæ sola magna ex parte sententiam falsam redderet, posuerunt. Quanquam si posteriorem adiecissent, nihilo rectior ea definitio futura esset: cur enim ea conditione adiecta definitionem conciperent de faciendi stipulationibus? nam hac conditione posita si non possit præstari, quod promissum est, non faciendi tantum, sed etiam in dandi obligationibus hoc accidit; ut pecuniam dari oporteat, æstimationem nimirum rei in obligationem deductæ. *L. in re*, *supr. de cond. fur.* Quare si non inepte scripserunt optimi auctores iuris, si id senserunt, quod scripserunt; omnino conditio in hac definitione adiecta hoc efficit, ut sive fieri non possit, quod promissum est, sive possit, semper pecuniam dari oporteat, si id quod promissum est, intra iustum tempus factum non fuerit: in quam sententiam etiam postea plura dicemus. Hac conditione posita sequitur tertium, quod expendamus: ius id nimirum, quod definitio superior tribuit faciendi stipulationibus id autem est, in his deinceps pecuniam dari oportere. Qua parte quærendum est, quam pecuniam hic intelligamus; tum quam vim habeat, quod dicitur hanc oportere dari; postremo quo iure, quave ratione hæc obligatio et necessitas dandi defendatur in ea stipulatione, in qua nihil de ea pecunia aperte cautum appareat.
† Pecunia hic nominatur, similiter ut in L. 29
si quis ab alio, §. *ult. supr. de re iud.* ab eodem Celso in definitione, pene totidem verbis constante; *quia*, inquit, *non facit*, *quod promisit*, *in pecuniam numeratam condemnatur*; *sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Illic, *in pecuniam numeratam* condemnatur, valet, id quod initio eius capitis dixerat æstimandum esse, quanti stipulatoris intersit: sic et hoc loco pecunia est id quod interest. Nimirum hoc illud est, quod aliis verbis de hac re apertius tot locis traditur, ubi quid fieri stipulamur, in stipulationem venire, stipulatione contineri id quod stipulatoris interest, ut præstari debeat videlicet, si promis-

missor non facit, quod promisit. *d. L. si quis ab alio, in pr. de re iud.* L. *si pœnam, supr.* L. *quoties quis*, L. *si quis stipulatus*, 112. *infr. eod.* Vocatur autem id quod interest, pecunia, seu pecunia numerata, qua cum de eo præstando agitur ob id quod factum non est, quod debuit, ut nunc agitur, non potest alia in re consistere, quam pecunia numerata. Nam si id quod interest, est utilitas, quæ ex facto percipi potuit, ut passim a iuris auctoribus appellatur, ut *L. 2. in pr. et §. ult. supr. de eo quod cer. lo. L. pen. supr. si quis caut. L. 1. §. hæc verba, supr. ne vis fiat ei.* Et postquam id factum non est, quod debuit, hæc utilitas amittitur; unde etiam post id tempus, id quod interest, quod persequimur, definitur id quod habere potuimus, sed nunc nobis abest; et quod potuimus lucrari, sed lucrati non sumus: *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* perspicuum est id quod interest, iam amissum ipsum amplius præstari non posse. Ita si præstari volumus, omnino necesse est id æstimari pecunia numerata, ut quantum id erit, tanta pecunia præstetur. Hinc est, quod veteres æstimandum dicunt, quanti intersit, ut in *d. L. si quis ab alio, in pr. supr. de re iud. et L. ait lex supr. ad leg. Aq.* quod dicunt utilitatem in æstimationem venire. *L. si sterilis, §. cum per venditorem, supr. de act. empt.* Hinc illa facti æstimatio, cuius hoc loco mentio fit postea: ubi facti æstimatio intelligenda est æstimatio utilitatis eius, quæ ex facto capi potuit, est autem, ut dixi, hæc utilitas id quod interest. Ergo hæc pecunia, seu æstimatio appellatur id quod interest, quia eius quod interest, æstimatio est, et eo nomine præstatur, ac præstita vi ipsa eandem illam utilitatem, quæ nodis aberat, continet. Sed esto, dixerit aliquis, id quod interest, recte dicatur pecunia numerata, quia id non nisi pecunia numerata præstetur. Ac certe pecunia generis nomen est, quod per se positum non magis significat id quod interest, quam aliam quamvis pecuniam; quæ aut sola, aut alicuius rei nomine in stipulationem deducatur. Qui fit igitur, ut veteres cum id quod interest in hac caussa significare vellent, solum pecuniam dari debere dixerint, cum posset hoc verbo alia pecunia intelligi? Ex circumstantiis definitionis, id est, ex eo, quod dicitur pecuniam dari oportere in stipulationibus faciendi, et præcipue quod adiicitur hæc conditio: *si quod fieri stipulemur, factum non fuerit*; satis intelligitur non aliam pecuniam hic nominari, quam eam, quæ præstetur eo nomine, quod factum non sit, quod promissum est. Hanc autem constat aliam esse non posse, quam æstimationem eius facti, quod præstari debuit, id est, æstimationem eius, quod stipulatoris interfuit id factum esse. Solum ergo pecuniæ verbum nunquam significaret id quod interest: re autem adiecta et caussa, propter quam præstetur, adiunctum satis speciem declarat. Sed cur non maluerunt veteres aperte loqui, et dicere præstandum esse, quod interest, ne quid esset obscuri aut ambigui in definitione? Pecuniæ verbo tanquam pleniore videntur usi esse consulto, dum scilicet definitione volunt non solum intelligi hic præstandum esse quod interest, sed etiam indicare, quid in eius persecutione faciendum esset; nempe id æstimandum esse, ut sic pecunia peteretur; in pecuniam numeratam certam condemnatio fieret; sic denique ea pecunia
præstaretur. † Iam his verbis, *pecuniam, seu id quod interest, dari oportere*, hæc 30
omnia continentur. Primum si factum non sit, quod promissum est, pecuniam et id quod interest, deberi, in obligatione esse; et quidem ita, ut exigi possit: non solum deberi. His etiam fieri, ut et quæ de aliarum rerum, quæ solæ debentur, petitione, condemnatione, præstatione tradita sunt, eadem hic quoque locum habeant, cum de persecutione agitur et solutione
eius quod interest. † Primum his verbis 31
hoc significatur, id quod interest, iure deberi, et esse in obligatione. Id enim dari oportet, quod quis necesse habet dare, quodque ab invito exigi potest. Eadem autem et debendi definitio est in *L. debitor, infr. de ver. sig.* Hinc formula actionum in personam, Aio te dare, facere oportere, de iis rebus, quæ debentur, et petuntur iure. §. 1. *Inst. de act.* §. *item per, Inst. quib. tol. oblig.* Quinimo plus est dari oportere, quam deberi: certe *oportere* verbum est ad necessitatem præstationis et obligationis exprimendam significantius. Nam debendi verbo continetur etiam id quod debetur naturaliter, ut fit in edicto de conditione indebiti, et de pecunia constituta *L. si quod dominus, supra, de con. ind. L. 1. §. ult. supr. de pec. const.* Dari autem oportere id solum intelligitur, quod dari necesse est: atque id est necesse, quod iudicio potest exigi. Quæ si ita sunt, dubitari non potest, quin id quod interest, sit in obligatione: nam id deberi intelligitur, ad quod præstandum quis obligatus est; et hæc ipsa necessitas dandi, de qua diximus, nihil est aliud, quod obligatio.

Inst. de oblig. in pr. Unde manifestus error eorum deprehenditur, qui putaverunt id quod interest, in faciendi obligationibus in
32 solutione solum esse, non in obligatione. † Ut autem si factum non est, quod promissum est, pecuniam dari oportet, idest, id quod interest, iure debetur, et est in obligatione; ita his ipsis verbis effici aio, solum id quod interest, deberi. Ex una enim stipulatione faciendi, qua eadem res una continetur, amplius quam res una deberi non potest. Quare si debetur in hoc genere id quod interest, et quidem ita, ut dari oporteat; etiam solum deberi necesse est. Non igitur amplius factum est in obli-
33 gatione. † Falsumque est, quod ab aliis acceptum Bartolus in huius loci interpretatione sequitur, utrumque in obligatione esse, et factum, et id, quod interest. Agnoscit ille non esse utrumque in obligatione coniunctim: et recte agnoscit; alioqui aut bis idem exigeretur contra naturæ æquitatem: *L. bona fides, infr. de reg. iur.* aut exigerentur res duæ ex ea stipulatione, qua una tantum promissa est, contra contrahentium conventionem. Sed ait utrumque deberi sub alternatione, factum nimirum, aut id quod interest: sic tamen ut velit actoris esse electionem, utrum petat; ideoque ipso petente pcuniam, hanc ipsam volenti dari oportere. Quod defendi
34 non potest. † Scimus enim cum illud aut illud promittitur, promissoris electionem esse, utrum præstet; *L. plerunque, in fin. supr. de iur. dot. L. 2. §. Scævola, sup. de eo quod cer. lo.* cui eligendi potestati contrarium est pecuniam dari oportere. Non enim necesse est eam dari, si promis-
35 sor faciendo liberari potest. † Sed ille dictum illud de electione ita interpretatur; nisi utrumque quod disiunctim in obligationem deductum, est debeatur diversis actionibus, ut non tam una sit obligatio res duas sub disiunctione continens, quam duæ obligationes duarum rerum. Id autem in proposito contingere ait, ubi unam vult obligationem facti esse inductam a contrahentibus: alteram de eo quod interest, subrogatam a lege. Utrumque falsum est, et quod de duabus actionibus diversis ius esse dicit, et quod has actiones ait in hoc genere stipulationum inesse. Hoc quidem po-
36 sterius aperte falsum. † Una est enim actio ex faciendi stipulatione, qua et petatur factum, si quidem peti posse concederemus, et qua petatur id quod interest: nempe actio incerti ex sttipulatu. Hanc in petitione facti admittunt, de eo quod interest, competere negant, quia id condictione certi peti volunt; sed pudendo plane errore. Primum quia id quod interest, incertum esse et dici, omnium iuris auctorum sententiis constat. L. *si pœnam, sup. eod. §. ult. Instit. eod.* Deinde quia diserte scriptum est in L. *ult. supr. si quis in ius voc. non ier.* in id quod interest agi actione incerti. Et quod ad huius sententiæ confirmationem utuntur definitione *L. certi, sup. si cert. pet.* ridiculum est. Illic quidem traditur certi condictionem competere non tantum ex contractu certo, sed etiam ex incerto; sed adiicitur; dummodo ex eo *certum petatur.* Stipulationem faciendi incertum esse contractum inter omnes convenit. *d. L. si pœnam, supr.* Sed an id quod interest, certum? Imo vero usque adeo incertum, ut non ob aliam caussam stipulatio ipsa incerta sit, quam quod in eam venit id quod stipulatoris interest, ut declaratur in *d. L. si pœnam*: de qua incertitudine et eius caussis illic a me dictum est. Quapropter etsi concederem istis, cum pluribus rebus disiunctim debitis, de singulis diversæ sunt actiones, tunc actorem eligere posse, qua actione experiatur, et propter actionem esse quoque in eius potestate, quam rem petat; tamen ad stipulationem faciendi non pertineret, ex qua duas res alternatim deberi constaret, factum, aut id quod interest; et utriusque nomine unam eandemque esse actionem, incerti ex stipulatu. Atqui nihilo verius est prius illud quod dicunt, cum plures res disiunctim debitæ diversis actionibus petuntur, electionem esse creditoris, et qua actione agat, et quam rem petat, propter actionem. Tunc enim demum pluribus constitutis actionibus hæc electio creditoris est, cum eiusdem rei nomine actiones proditæ sunt, ut fit in actione de peculio, et tributoria: quarum utraque de merce peculiari competit. *L. quod in herede, §. eligere, supr. de trib. act.* ut in pluribus actionibus legatorum nomine comparatis, *L. cum filius, §. variis, supr. de leg. 2.* Hic autem plane e converso accidit, ut si verum est deberi factum, et id quod interest, plures res sint, quæ debeantur; de singulis autem una actio competat, non plures. † Omnino ita proban- 37
dum est, quoties plures res debebuntur sub disiunctione, quamvis de singulis suæ sint actiones, tamen semper rei electionem esse debere, quid solvat: ut actiones propter res constitutæ, rerum quoque conditionem sequantur. Idque plane consequens est sententiæ Scævolæ, quæ refertur in *d. L. 2. §. Scævola, supr. de eo quod cer. loc.* cum tamen locum illum et disputationem Scevolæ ad

ad suæ sententiæ confirmationem traducere conentur. Sic enim statuit Scævola, cum illud aut illud promissum est, tandiu promissoris electionem esse debere, utrum solvat, quandiu electione ei data futurum sit, ut saltem unum solvat. Ubi autem futurum est, propter electionem, ut nihil cogatur dare, ubi electionem eius esse non debere: ac generaliter ita definit, quid debeat, esse in eius arbitrio; an debeat, non esse. At in proposito utrumvis elegerit promissor sive factum ex una actione, sive in quod interest ex alia, non ideo futurum est ut nihil debeat, sed semper hoc modo rem unam debebit, in eamque ipsam ea actione tenebitur, quam in se elegerit. Proinde hic quoque qua actione conveniatur, in potestate eius esse debebit.
38 † Hac electione posita efficitur, quod supra posui, postquam factum non est, quod fieri stipulemur; unum id quod interest, in obligatione esse; factum autem et id quod interest non esse ne disiunctim quidem: ne incipiat dici esse in potestate promissoris pecuniam non dare: quod eum facere oportere dicimus. et in summa recte colligimus hoc modo: Si ex stipulatione faciendi cum factum non est, quod debuit, in obligatione est et factum et id quod interest disiunctim, ut debeatur aut factum, aut id quod interest; pecuniam, id est, id quod interest, dari non oportet; non enim necesse est dari id cuius præstationem reus evitare potest aliud præstando, ut hic potest factum eligendo liberari. At pecuniam, seu id quod interest hic dari oportet. Non est igitur utrumque disiunctim in obligatione. Convenit autem utrumque disiunctim non deberi, sed unum ex his dumtaxat. Ex quo efficitur, quod dixi, si pecunia debetur, et eam dari oportet, hanc solam dari oportere.
39 † Quid ergo, in stipulationem faciendi factum omnino non venit, eaque non debetur? Imo vero venit in eam, eaque continetur. Nec aliam significationem habet, quod dicitur stipulationum quasdam in dando esse, quasdam in faciendo. *L. 2. supr. eod.* Item, in stipulationem non solum res deduci, sed etiam facta. *§. ult. Instit. eod.* Quod si ex stipulatione faciendi solum pecunia deberetur, non etiam quod fieri promissum est; dici oportuit omnes stipulationes esse in dando, in omnes deduci res; non facta, quoniam hanc ipsam pecuniam satis constet rem esse, quam eandem debere dari dicimus. Sed a principio in stipulationem factum deducitur, tandiuque versatur in obligatione, quandiu durat id tempus, quo fieri promissum potuit, quod superioribus sententiis, et verbis stipulationis plane est consentaneum. Quod si intra id tempus factum non erit, transfunditur quodammodo faciendi obligatio in novam obligationem, et pecunia, eius quod interest æstimatio deberi incipit. Quæ huius loci definitio est, et *L. si quis ab alio, in fin. supr. de re iud.* In quibus cum dicitur pecuniam dari oportere, in pecuniam numeratam condemnationem fieri; utrobique adiicitur hæc conditio; *si non fuerit factum, quod promissum est.* Sed inter istam faciendi obligationem, quæ ab initio est, et pecuniæ obligationem, quam postea sequi dicimus, hoc interest, quod factum per id tempus, quod diximus, ita debetur ex stipulatione, ut si tum præstetur, vere dici possit promissum, et debitum fuisse solutum. Cæterum cum effectu non debetur, quia peti non potest; non enim ex stipulatione faciendi prius agi potest, quam præterierit tempus, quo promissum fieri potuit. *L. si ita stipulatus.* 14. *sup. eod.* At pecunia quæ post id tempus deberi incipit, vere debetur, quia et dari eam oportet: quod non aliter fit, quam si et iudicio possit exigi. Qua ratione rursum factum est, ut quibusdam in locis, cum definitur, quid stipulatio faciendi contineat, nihil amplius de eo traditum legamus, quam in stipulationem faciendi venire id quod interest: stipulatione faciendi id quod interest, contineri. *L. si pœnam, supr. L. quoties quis, infr. eod.* Quippe hoc solum venit, hoc solum continetur, ut peti possit: illud magis est in præstatione. † Itaque si, quid in ob- 40
ligatione faciendi versetur, certius quærimus: simillima est faciendi stipulatio legato penus, cuius tam crebra est in libris nostris mentio. Nam si ita legatum sit. Heres meus Seio penum dato; si non dederit, decem dato, sic legatum acceptum est, ut ab initio penus sit in obligatione, idest, sit legata: non tamen ita, ut peti possit, sed ut possit præstari iure legati, et si sine mora soluta sit ab herede, possit ea in legem Falcidiam imputari. Quod si moram interponere heres cœperit in solvenda penu; placet ex eo nec videri legatam sed transfusum legatum esse, et decem deberi; ut iam sola peti possint, et si penus deinde soluta sit liberetur quidem heres, sed ita ut non videatur Seius legatum accepisse, nec possit penus in legem Falcidiam imputari. Hæc Paulus apertius, quam alibi in *L. 1. §. item si, supr. ad leg. Falc.* nec admodum dissimiliter Ulpianus in *L. 1. supr. de pen. leg.* Huiusmodi est *faciendi* obligatio. A principio factum est in obligatione; et quandiu non præteriit tempus, quo promis-

missum potest fieri, sic licet id facere, ut quod factum erit, videatur obligationis iure ut promissum, et ex hac caussa debitum factum esse. Quod si intra id tempus factum non erit, tum evenit, quod hic dicitur: exinde pecuniam dari oportet. Quod declarat idem hic fieri, quod supra in legato penus diximus; nimirum transfundi quodammodo faciendi obligationem, et solam pecuniam deberi. Ut autem intelligatur, quam omni ex parte exemplum conveniat, etiam hoc congruit. Ut enim in superiore legato penus, si statim penus soluta non est, hæc iam non debetur, sed sola decem; attamen placet eam in præstatione esse, habereque heredem oblationem tandiu, quandiu lis cum eo de pecunia contestetur: *d. L.* 1. *supr. de pe. leg.* sic et in stipulatione facti accidit, ut quamvis cum factum non fuerit, quod promissum est, pecunia debeatur, non factum; tamen factum nihilominus sit in præstatione, habeatque promissor faciendi facultatem, donec lis cum eo contestata sit. *L. si insulam, infr. eod.* Quæ si vera sunt, quid de istarum rerum petitione, condemnatione, præstatione consequens sit, apparet. Nempe hoc, ut quæ in hoc genere de rebus debitis tradita sunt communibus regulis iuris, ea statuamus in faciendi obligationibus *de pecunia*, seu eo quod interest: eadem contra *de facto* negemus. Quæ si etiam particulatim singula suis locis probantur, accedet hoc etiam ad superiorum confirmationem; cum omnes partes huius sententiæ inter se connexæ et consentientes sibi ipsis invicem adstruent fidem. Sic enim ex antecedentibus recte inferemus consequentia, idest, ex obligatione effecta; et contra consequentibus positis, ex his antecedentia colligemus, idest, ex effectis caussam, unde
41 sunt effecta. † Sic ergo de pecunia statuemus. Si quod fieri stipulemur, non fuerit factum, pecunia debetur; pecunia est in obligatione, inquimus. Nempe consequens est, et peti posse: sic enim debetur, si ab initio exigi potest. *L. debitor, infr. de ver. sig.* exigi autem nisi iudicio non potest: nec potest iudicio sine actione. *L. extat, supr. quod met. cau. L. nihil, supr. prox. tit.* Quod etiam magis exprimitur verbis definitionis, cum dicitur pecuniam dari oportere: non enim necesse est dari, nisi quis cogitur. Una autem cogendi et ita exigendi ratio est iure prodita, ut actionibus experiamur. *d. L. extat.* Atque hæc pars manifestis locis nominatim confirmatur. In L. 1. *supr. de act. em.* ita scriptum est, *si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur.* In L. ult. supra, *si quis in ius voc. non ier.* ita: *cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit pœnam, si status non esset; incerti cum eo agendum esse in id quod interest, verissimum est.* Quibus in locis observandum est, non dici in id quod interest agi posse; sed agi, et agendum esse: quæ verba necessitatem continent, declarantque, ut ita agatur, rem non esse in potestate agentis, sed in necessitate iuris positam, si quis quid iudicio persequi velit ex faciendi obligatione. Ut autem obligatione eius quod interest constituta, sequitur actio: ita vice versa hoc posito, in id quod interest, agi posse, satis est argumenti, ex faciendi obligatione si factum non sit, quod debuit, id quod interest, non factum deberi: non est enim actio in personam, nisi de eo quod debetur, ut est definitio actionis. *d. L. nihil, supr. prox. tit.* Quod si cum reus non fecit, quod promisit, in id quod interest, agitur; consequens fuit, ut condemnatio quoque Iudicis petitioni responderet. *L. ult. C. de fid. lib.* Atque hinc illa rursum de condemnatione huius iudicii propria, veterum definitio. Qui non fecit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. L. *si quis ab alio, in fin. supr. de re iud.* Cur, quæso, in pecuniam numeratam, non *ut fiat*, condemnatur? Quia pecunia debetur, et ut debetur, sic et de ea actio est. Neque porro potest ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas Iudicis, *d.* L. *ult. C. de fid. lib.* L. *ut fundus, supr. com. divi.* Ita rursum ex condemnatione ad petitionem eius quod interest, et ex petitione ad obligationem retroversus pervenitur. Quod si de præstatione promissoris quæritur, certi iuris est, cuius rei solutione quisque liberetur, nempe eius, quæ debetur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in. pr.* Quapropter cum id factum non sit, quod promissum est, statuerimus pecuniam, seu id quod interest, *deberi*, atque adeo si hoc verbum non est satis, *dari oportere*: apparet, quid sequatur; eum nimirum, qui promisit se facturum, si non fecerit, ita teneri, ut tamen præstatione eius quod interest, liberetur: eiusque oblationem eum habere non tantum ante litem contestatam, sed etiam postea: quia litis contestatio quamvis de alia re constituta, non faciat quominus quod debetur, liceat solvere, et ea solutione tollere obligationem iuxta regulam iuris. Hæc de pecunia, deque eo quod interest, quod ex hoc genere stipulationum deberi dicimus. De facto ipso contraria omnia: quippe

pe quod deberi, seu in obligatione esse negamus. Ergo ut fiat, quod promissum est, non agitur: quia ut dixi, non est actio de eo quod non debetur, factum autem iam non debetur, postquam ex faciendi stipulatione agi posse cœpit. Cuius rei haud scio, an ullum argumentum possit esse certius, quam id quod traditur in *L. si insulam*, *infr. eod.* Promiserat quis se insulam facturum, et transierat tempus, quo potuerat facere: si litem secum contestari passus sit, negat Paulus ei prodesse, si ædificet: id est, negat eum ædificando liberari posse. Non ergo factum fuit in obligatione: alioqui etiam quandoque id præstando liberaretur. Neque hic quisquam dicat ideo id fieri, quia insula amplius fieri non possit: nominatim enim definitio concepta est, de eo qui ædificet, sed cui neget Paulus id prodesse: et prius ostenditur, agi de eo, qui vere ædificet, quod promisit; utpote quem ille dicat facientem liberari, quandiu litem contestatus non sit. Neque vero quia dicitur reus ante litem contestatam faciendo liberari posse, id argumento est factum antea fuisse in obligatione: non enim ideo faciendo liberatur, quia factum deberetur, sed quia ante litem contestatam potuerit id præstare ad liberationem ex conditione obligationis: ut dici debeat factum etsi in obligatione non est, in præstatione tamen esse: similiter ut penu legata non statim soluta, sola decem in superiore legato penus deberi diximus, et tamen penum ante litem contestatam esse in præstatione *d. L. 1. de pen. leg.* Quid ergo, non recte aget creditor, si agat in hoc ut reus faciat, quod promisit; et in summa non recte intendet sibi fieri oportere? Si adversus eum, qui fateatur se promisisse, sed id quod interest, offerat, non recte. Quia id petat, quod non debeatur, nempe factum; promissor autem id offerat, quod debeat, eiusque rei solutione necesse sit eum iure liberari. Sin agat cum eo, qui simpliciter se nihil debere dicat, defendi potest intentio, ut eius, qui id agat, ut ea petitione ius suum consequatur. Sed ita accipietur intentio, ut si probetur reum promisisse quid fieri, nihil amplius intelligatur ea contineri, quam id quod stipulatione ex qua agit, continetur; id autem est id quod interest. *L. quoties quis*, *infr. eod.* Et ideo non faciente promissore, quod promisit, non aliæ erunt partes iudicis, quam ut æstimet quanti intersit agentis, et reum in pecuniam numeratam condemnet, uti generalis definitio scripta est in *L. si quis ab alio*, *in pr. et §. ult. supr. de re iud.* et recte. Semper enim probandum est promissorem præstando, quod debuit, liberari: debuit autem id quod interest; factum non debuit. Ex quibus perspicuum est valde errare eos, qui statuunt ex stipulationibus faciendi promissorem ita teneri, ut postulante petitore, omnimodo et præcise cogatur facere, nec liberetur offerendo id quod interest. Nam quomodo cogi potest, ut faciat, a quo ne id quidem iudicio peti potest? non enim potest, si non debuit. Porro factum in obligatione non esse effectum est. Illud autem præcise, quomodo potest defendi? Nam si promissor cum non fecit, quod promisit, debuit id quod interest, quomodo non eius solutione liberetur? Quod si promissor faciendi cogitur præcise, ut faciat; deleamus superiora omnia, quæ diximus, negemusque pecuniam, et id quod interest, stipulatione contineri: negemus id dari oportere: negemus ob eandem caussam in id agi. Nam his positis, qui negat promissorem id quod interest, solvendo liberari; is aut priora illa non recte accipit, aut quid his ex regula iuris sit consequens, non videt.
† Et illis concessis quid sequatur, plerique 42
vident, ac quatenus illa concedunt, etiam solum id quod interest, deberi, et in id agi fatentur. Sed ipsa illa superiora, pecuniam nimirum dari oportere; id quod interest, venire in stipulationem; et agi in id quod interest, si factum non sit, quod promissum est: hæc, inquam, et similia aliter interpretantur, quam supra facimus. Volunt enim tunc locum habere, cum et factum non est, quod fieri debuit, et præterea iam fieri posse desiit. Quod si factum adhuc possit præstari; et absurdum, et iniquum putant non teneri eum ex stipulatione, ut faciat, qui se facturum promisit. De æquitate et ratione huius iuris dicam paulo post. Nunc quia de iure ipso, quodnam hic veteribus placuerit, prius quæritur, de eo prius dicam, et ostendam sic esse veterum de hoc genere sententias, ut simul atque factum non sit, quod promissum est, cum posset: velint pecuniam seu id quod interest, dari oportere, et in id agendum esse; et in eo aperte nihil referre existiment, utrum promissor possit adhuc facere, quod promisit, an non possit. † Dico 43
eum, qui non fecerit, cum posset, etiam si adhuc possit; tamen ex stipulatione faciendi nihil amplius debere quam pecuniam, et id quod interest. Ad quod probandum unus hic locus quem tractamus, sufficiebat, si æqui Iudices esse vellemus. Ut enim supra ostendi, sic definitio est, ut velit in faciendi stipulationibus pecuniam dari oportere sub hac conditione solum, *si quod fieri stipulemur*, *non fuerit factum*. Quod si in ea definitione hæc etiam conditio intelligenda est, si factum

ctum amplius præstari non possit, duo sunt in ea magna peccata veterum, et eiusmodi, quæ in sano scriptore non videantur etiam ferenda. Unum, quod necessaria conditione prætermissa, et ex qua ius pendebat, aliam non modo non necessariam, sed quæ magna ex parte falsam sententiam efficeret, inseruerunt. Alterum, quod definitionem conceperunt de faciendi stipulationibus: quasi hac conditione posita, si iam præstari non possit, quod promissum est, aliud dici debuerit in dandi obligationibus, quam pecuniam dari oportere. *L. in re*, *supr. de cond. fur.* Sed ne res testimoniis certis, et pene exploratis indigeat, declaratur id quod supra posui in *L. si penam*, *supr. eod.* ubi qui promisit se pecuniam crediturum, nihil amplius debet, quam id quod interest: et tamen constat eum non minus posse pecuniam credere, quam eo nomine præstare id quod interest. Declaratur in *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. infr. eod.* ubi ita scriptum est, semper in satisdationis stipulationem venire id quod interest. Quid est, *semper*, nisi hoc, promissorem non satisdantem omnimodo teneri, sive ideo non satisdet, quia non possit, sive ideo, quia nolit? Declaratur maxime in *L. si insulam*, *supr. eod.* ubi proponitur is, qui insulam se facturum promiserat, post litem contestatam ædificare velle: et respondetur nihil prodesse ei si ædificet. Poterat igitur ædificare, sed ei hoc facere nihil prodest. Cur? an non quia hoc factum non debuit, sed iam ante stipulatione contineri cœperat id quod interest? *d. L. si pænam*, *supr. d. L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. infr. eod.* Alioqui insulam ædificando, id est, præstando, quod deberet, quovis tempore liberaretur etiam post litem contestatam. Nam nec sententia aliud efficeret, quam ut solveretur quod debebatur. Et regula iuris generalis est, solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed et nominatim post litem contestatam ante rem iudicatam solvi posse et satisfieri actori, et eum qui fecerit, absolvi debere, scriptum est in §. *ult. Inst. de per. et tem. ac.* Declaratur idem in L. 4. *C. de act. em.* ubi iniungitur Iudici, ut curet in condemnationem deduci, quanti interest emptoris emptionem compleri, idque nominatim adversus eum venditorem, cuius procacia, ut loquitur rescriptum, traditio rei venditæ non fiat. Tunc proprie dicitur procacia, et improbitate seu pervicacia venditoris traditio non fieri, cum is rei tradendæ facultatem habet, et negat se traditurum. Sed prope disertis verbis hæc sententia expressa est in *L. non cogendum*, §. 1. *supr. de proc.* Nam cum Paulus in *L. mutus*, §. *ult. eod.* retulisset Atilicini, et Labeonis sententiam existimantium eum, qui promisisset se absentem iudicio defensurum, eoque nomine satisdedisset iudicatum solvi, quamvis sine satisdatione defendere non cogeretur, tamen post satisdationem cogendum esse iudicium accipere: hanc sententiam postea improbans, Sabini sententiam subiicit, quam et sequitur in *d. L. non cogendum.* Atque ita scribit, eum, qui ita satisdedit iudicatum solvi defendendi absentis gratia, non esse cogendum defendere, atque adeo nullas Prætoris partes esse ad eum compellendum, sed solum ex stipulatu ob rem non defensam agi posse; nempe in id quod interest; quam ad rem committitur hæc stipulatio, et prætoriæ similes. *L. 1. §. incertum*, *L. ult. infr. de præt. hab. stipu. L. si procurator*, *infr. rem. rat.* et tamen constat in hac specie agi de eo promissore, qui defendere poterat: alioqui stulte quæreretur, an esset cogendus; nec tam imperiti essent veteres illi Atilicinus et Labeo, ut eum dicerent cogendum esse iudicium accipere, qui accipere etiam si vellet, non posset. Postremo quid sibi vult in *L. si pænam*, *supr. eod.* quod dicitur stipulatio faciendi esse incerta? Utrum stipulationem aliquando esse incertam, aliquando non esse, prout factum præstari adhuc poterit, aut non poterit? Nullo modo, ut opinor: sed cum simpliciter et sine conditione dicatur, sic accipi debet, ut semper sit incerta. Neque hæc conditio intelligetur, si factum amplius præstari non possit, quæ conditio adiecta non est, et raro solet exsistere, sed hæc erit sententia, sive fieri amplius non possit, quod promissum est, sive adhuc possit, utroque tempore esse incertam. Idque aperte declaratur exemplo stipulationis illic propositæ. Hæc enim stipulatio pecuniam te mihi crediturum spondes? id factum continet quod semper possit a promissore impleri non minus facile, quam præstari ab eo id quod interest. Atqui quod stipulatio faciendi illic dicitur esse incerta, nominatim ob eam caussam talis esse dicitur, quia venit in eam id quod interest. Proinde et per omne tempus id quod interest, in eam venire intelligitur. Ergo et debetur, et debitum peti potest, et promissor id solvendo liberatur. Non est igitur dubitandum, quin quod scripserunt, id quoque senserint veteres Tubero et Celsus, quod hic scriptum legimus; et in universum quin iuris auctores omnes, quorum in supra scriptis locis sententiæ referuntur, perpetua hac regula usi sint in faciendi stipulationibus, ut ubicunque quid fieri stipulemur, in stipulationem veniat id quod in-

interest, seu pecunia, quam ob id dari oporteat, et in quam eadem de caussa agatur, hac conditione, si intra id tempus, quo fieri potuit, factum non sit, quod fieri promissum est: hac conditione, inquam, si factum non sit, non etiam si fieri amplius non possit. Nam etsi adhuc possit fieri, tamen postquam præteriit id tempus, quo fieri potuit, statim committi stipulationem in id quod interest; ut deinceps id sit in obligatione, proinde et a stipulatore peti, et a promissore quovis tempore solvi possit ad liberationem; nihil præterea. Sed in hac sententia duo nos impediunt explicatu non admodum expedita; conditio stipulationis seu ius de stipulatione et conventione constitutum; tum ii loci, quibus traditur, eum, qui ad faciendum tenetur, necesse habere id facere. Quæ sunt duo, quæ tam multos in contrariam sententiam moverunt. Sed in primis conditio stipulationis, ad cuius confirmationem potius reliqui loci accedere videntur. Lex et natura stipulationis hæc est, ut si quid promissum sit, id debeatur stipulanti: si promissum non sit, non debeatur. *§. ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia tantumdem, supr. de neg. gest.* Secundum hanc dici debuit, si quis quid promisit se facturum, puta rem traditurum satisdaturum, pecuniam crediturum, insulam ædificaturum, hoc ipsum ut fiat, in obligatione esse et deberi, quia promissum est; pecuniam, seu id quod interest, non deberi, quia neutrum est promissum. Ex quo contraria sunt consequentia; illud videlicet tanquam debitum peti posse, et petente actore necesse esse solvi: hoc neque peti, neque invito creditore solvi posse. Sane si factum desiit posse præstari, pecuniam succedere in eius locum quam et dari oporteat; sed non ut stipulatione debitam, verum ut eam, quæ præstetur pro re promissa, necessitate rerum ita cogente, quia iam amplius non sit res promissa, quæ præstetur: ut accidit in obligationibus dandi, in quibus etsi res promissa sola est in obligatione, tamen si ea perierit post moram debitoris, æstimatio rei præstanda est; et peti potest. *L. in re, supr. de cond. fur.* Hinc illa sententia neque absurda, neque prima ratione improbabilis, si factum amplius præstari non potest, tum sane pecuniam dari oportere; et in id quod interest agi posse: ante vero solum factum in obligatione esse, quod et verbis in stipulationem deductum erat. Quod cum aliter statuamus, merito quæritur illud, quod in hac sententia supra proposuimus, videndum esse, quo iure quave ratione in faciendi stipulationibus factum in obligatione esse negemus: pecuniæ et eius quod interest obligationem et eam solam defendamus: de quo prius respondebo. Et fateor de natura et iure stipulationis utrunque verum esse quod dixi, et quod ea promissum sit, deberi: et quod promissum non sit, non deberi: itaque ex his et de facto, et de eo quod interest, indicandum esse. Sed si in faciendi stipulationibus id quod interest, in stipulationem deduci, id quod interest stipulatione promitti probatur; nempe huic ipsi legi consequens est, vere etiam id ex stipulatione faciendi deberi, et solum deberi. Atqui sententiis veterum notis, quarum aliquot iam supra commemoravimus, ita id testatum est, ut nihil possit esse certius. Huc enim illa referri debent, in stipulationem faciendi venire id quod interest: quæ sententia duobus his locis expressa est. *L. si pœnam, supra, et L. si quis stipulatus, §. ult. infr. eod.* Item, id quod interest, stipulatione contineri. *L. quoties quis, infr.* Quid est venisse aliquid in stipulationem? idem, quod in stipulationem deductum esse: neque enim veniret, nisi esset deductum. Itidem ut quod in iudicium venire dicitur in *L. solemus, supra, de iud.* id ipsum esse intelligimus, quod dicitur in iudicium deduci in *L. ut fundus, supra, com. divid. L. unica, C. de lit. cont.* Quid rursum stipulatione continetur? an non id solum, quod stipulatione est comprehensum, id est, promissum? nam et in stipulatione dandi; hoc ipsum ut res detur, quia stipulatione promissum est, etiam stipulatione contineri dicitur in *L. ubi, §. ult. infra eod.* Non aliam significationem habet, quod in *§. ult. Inst. eod.* id quod interest nominatur quantitas stipulationis. Ideo enim sic dicitur, quia hanc quantitatem habet, hanc continet stipulatio; nec continet, nisi quia prius in eam deducta est, non utique a lege, ut hic Bartolus nulla auctoritate, nulla ratione nixus affirmat, sed a contrahentibus. A quibus enim stipulatio est? a lege, an a contrahentibus? haud dubie a contrahentibus, non a lege. Hæc autem obligatio ex stipulatione est, in quam venit, et qua continetur. A contrahentibus est igitur, non lege inducitur. Obligatio a lege induci potest citra conventionem, ut æstimationis obligatio, cum res post culpam debitoris periit: sed extrinsecus hoc contingit, non ex stipulatione; certe obligationem a lege in stipulationem deduci, cum stipulatio conficiatur contrahentium consensu, et inauditum et absurdum est. Quid; si nec extrinsecus in negotiis privatorum obligatio ulla in-

inducitur lege, nisi in consentientes? huc enim pertinet illud Pedii, in *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem. Et vero certæ sunt et constitutæ caussæ Iure Civili ex quibus ut quæque nascitur obligatio, ita quidque debetur: in quibus non est legis auctoritas sine conventione, ubi de re privatorum, et eorum contractu agitur *L. obligamur*, *supr. prox. tit.* Quo posito adversus hæc omnia, quæ contra dici solent, parata defensio est. Æquum est, aiunt, cum quis quid se facturum promisit, fidem et conventionem servari. *L.* 1. *supr. de pact.* Nos adiicimus amplius etiam Iure Civili cogi promissorem, ut præstet propter stipulationem: §. *de constituta*, *Inst. de act.* Sed dicimus tunc maxime servari fidem, cum præstatur pecunia: quandoquidem hæc in stipulationem deducta est, si non fieret, quod fieri promissum est. Addunt actione in personam peti non posse, quod non debetur. *L. nihil*, *supr. prox. tit.* Recte: sed petitur id quod debetur, cum ex obligationibus faciendi agitur in id quod interest: hoc enim promissum est, hoc stipulatione continetur. Adiiciunt item et illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* Dicemus promissorem facti non solvere aliud, quam debet, cum præstat id quod interest: hoc enim debuit ex stipulatione, quia in stipulationem deductum erat. Ut iam si quis roget, quo iure dicamus in faciendi stipulationibus deberi, et peti posse id, quod interest, recte responsuri simus iure stipulationis, eodem illo nimirum quo et res aliæ in stipulationem deductæ Iure Civili ex stipulatione debentur: et inde peti possunt. *Inst. eod. in pr.* §.
44 *de constituta*, *Inst. de act.* † Et si quidem constet id quod interest, in stipulationem faciendi deduci, et quod idem est, promitti verbis stipulationis, res, puto, dubitationem non habeat. Sed hoc illud est, in quo hæsitatur: nam quomodo hic promittitur id, quod interest, cum appareat solum hoc comprehendi verbis, ut quid fiat; pecuniæ autem et eius quod interest, nullam fieri mentionem? Neque enim satis est ad rem expediendam, si quis hic pro omni ratione afferat auctoritatem iuris, et dicat ita placuisse, ita ius scriptum esse, iuxta L. *non omnium*, *supr. de legib.* L. *prospexit*, *supr. qui et a quibus.* Ut enim quis dederit hic ius constitui de eo quo interest ex stipulatione faciendi præstando: tamen tandiu in iure auctoritas iuris pro ratione valere debet, quandiu ad ius alio iure manifesto non oppugnetur. Atqui quod dicitur in stipulatione faciendi contineri id quod interest, non tam aliis partibus iuris, quam natura ipsa rei refelli videtur. Agitur enim de stipulatione. Hanc certi iuris est non nisi verbis confici, atque adeo talem esse, ut quod in ea palam verbis expressum non sit, omissum habeatur. *L. quidquid*, *infr. eod.* Quid, quod cum dicitur in stipulationem venire, seu stipulatione contineri id quod interest, nihil hic iuris statuitur? Non enim præcipitur, ut ex faciendi stipulationibus debeatur, præsteturque id quod interest: quod sine manifesta conventione lege effici posset, dum cavetur, ut pro una re alia præstetur, quæcunque ratio id fieri suaderet. Sed de stipulatione et eo quod iam factum est, affirmatur aliquid, quod ut est rei gestæ conditio, perspicue falsum videtur. Dicitur enim in stipulationem faciendi deduci id quod interest, in ea promitti id quod interest. Quod et falsum est, et ut verum sit, nulla auctoritas scribentis potest efficere: si stipulari aliquid est, de eo nominatim interrogare; et promittere est, verbis spondere; hic autem nullum verbum est de pecunia et eo quod interest. Quapropter nihil agitur in hac re auctoritate, nisi ostendimus vere dici, et stipulationi convenienter, ubi quid fieri stipulemur, ibi id quod interest, in stipulationem venire, idemque stipulatione promitti. At quomodo id probabitur, inquam, ubi constet verbis ne appellatum quidem esse id quod interest? Illud vero quomodo videtur posse defendi, factum ipsum non venisse in stipulationem, eoque inde non deberi, de quo verbis stipulationis tam aperte cautum sit? † Et intelli- 45
gendum est facti verbo duo contineri, actum ipsum, et effectum facti, ut duobus locis indicat Papinianus, *L. si venditor*, *supr. de ser. exp. L.* 4. *supr. de usur.* Actus est, quod fit: effectus, utilitas quæ ex facto percipitur: ea est autem, id quod interest nostra aliquid fieri, ut supra ostendi. Alterum exprimitur verbo aperte: alterum vi et potestate verbi continetur. Est enim effectus facti cum facto tanquam cum sua caussa ita coniunctus, ut facto posito continuo hic sequatur. Siquidem ergo cum fieri stipulamur, veluti, rem tradi, insulam ædificari, in facti verbo nihil amplius spectamus, quam id quod verbum aperte exprimit, id est, actum ipsum, seu factum nudum seiunctum ab effectu suo; non potest, fateor, aliud dici, quam horum utrumque, quod supra metuebatur, et factum nimirum stipulatione contineri, et id quod interest, non contineri, non promitti; quia re vera aliud sit fa-

factum, aliud quod nostra interest; cum possit quid fieri, ut tamen nostra non intersit, id est, ut factum stipulanti nullam utilitatem afferat. Sin vero faciendi verbo etiam effectus continetur, et hic effectus est, utilitas facti seu id quod interest; fatendum est etiam id quod interest, in faciendi obligationibus verbis stipulationis contineri, verbis in stipulationem venire.
46 † Non obstat, quod exigitur, ut quidquid stipulatione caveri volumus, id palam verbis exprimatur. *L. quidquid. infr. eod.* non enim exigitur his verbis ut nominatim, et specialiter exprimatur. Alioqui si promitteretur totum, non continerentur partes; si promitteretur hereditas, non continerentur singulæ res hereditariæ: si peculium, non continerentur res peculiares: et si quid obscure scriptum esset, nihil valeret, nec spectaremus, quod esset actum. Sed hoc exigitur tantum, ut ad rem demonstrandam de qua cautum volumus, adhibeantur verba, quibus res indicetur. Itaque non demonstretur quovis modo, non nutu, non digito, aut alia quavis demonstratione sine verbis: sed exprimatur, id est, comprehendatur verbis. Idque fiat palam, id est, ita, ut verba exaudiri possint. *L. heredes, sup. qui test. fac. pos.* cæterum exprimi et comprehendi verbis intelligitur res, quocunque modo ex verbis palam prolatis intelligi potest, sive ea aperte significetur verbo, sive vi et potestate verbi contineatur. Continetur igitur, ut dixi, verbis stipulationis faciendi etiam id quod interest, ut si de verbis stipulationis tantum quæritur, nihil hic desit ad huius rei obligationem. Sed continetur iisdem verbis et factum, et quidem multo magis: continetur enim non per interpretationem et ratiocinationem, sed recta, et aperte, significatione ipsa verbi nominatim factum exprimente: de quo tamen supra ita scripsimus, ut negaremus id in stipulationem seu obligationem venire. Hoc declarat aliud hic nobis spectandum esse, quam verba, quod et verum est: mens nimirum et sententia contrahentium hic præterea consulenda est, ut sive in utramque rem ex superioribus duabus concurret consensus, ut eam contrahentes in stipulatum deductam velint, sive in alteram dumtaxat, ea vere dicatur venire in stipulationem, de qua cum verbis etiam voluntas consentiat. Conficitur enim verbis stipulatio: sed constat etiam consensu: sine quo nihil in stipulationem deductum valet, aut deberi potest. *L. inter, §. 1. L. continuus, §. 1. infr.*
47 *eod.* † Quod si quæritur, quid de his rebus sentiant contrahentes in faciendi stipulationibus, spero, constabit hanc esse in hoc genere eorum sententiam, ut factum in stipulationem deductum nolint, quo id debeatur, sed solum velint id quod interest. Id ex fine stipulationis, et natura rerum intelligetur. Finis hic est omni stipulationi propositus, ut per eam acquirat quisque aliquid, quod habeat; et in summa ut acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, sup. eod.* Cui proposito conveniens est, ut si quis quid stipuletur verbis, quod sit, et haberi possit, id etiam re vera stipulari intelligatur, nec quidquam aliud. Sin id quod verbis exprimitur, nihil fit, tum id nec videatur quisquam stipulari, quod iuxta finem omnibus in stipulando propositum acquirere et habere non possit. Iam vero cuiusmodi res sit omne factum, consideremus. Plane aut nihil, aut certe non res, quæ consistat vel per se, vel in re alia tanquam subiecto, sive naturam spectes, qua consistunt res omnes corporales; sive ius, quo consistere dicuntur res incorporales. *Tit. Inst. de reb. corp. et inc.* Itaque non ea res, quæ haberi possit, aut acquiri, factum enim prius quam quid fiat, non esse constat: postquam editum est, statim evanescit. Proinde nemo ut quid fiat stipulando, hoc animo est, ut factum ipsum stipuletur, quod acquirere non potest: sed ut si quid inde consequi potest, id stipuletur. Ea porro est utilitas cuiusque facti quod in stipulatum deductum est: atque hæc utilitas id quod interest stipulantis id fieri, de quo cautum est. Ita fit quod quæritur, ut in stipulationibus faciendi id quod interest ex sententia contrahentium in stipulationem veniat; factum non veniat. Sed demus facta esse aliquid. Tamen hoc convenit non esse eiusmodi, ut semper intersit stipulantis id fieri, quod promissum est, aut si interest, ut intersit eodem modo. Alias nihil interest: alias interest, sed interdum pluris, interdum minoris. *L. si quis ab alio, supr. de re iud. L. si quis stipulatus, 112. §. ult. infr. eod.* quod pro varietate factorum contingit. Unde quatenus cuiusque intersit, dicitur in facto consistere, non in iure. *L. quatenus, infr. de reg. iur.* Hoc de conditione factorum intellecto, ex superiore fine et hac natura factorum iam multo apertius, quam supra, demonstrari potest, et natura stipulationis faciendi, et sententia contrahentium contineri, ne factum unquam debeatur, ut peti possit, sed solum id quod interest. Etenim cum dicimus stipulationem omnem faciendi huc spectare, ut acquirat sibi

sibi quisque quod sua interest id fieri, omnino hoc dicitur id agi, et hanc conditionem esse stipulationis, ut si nihil intersit, nihil præstetur: si quid intersit, tamen hactenus teneat stipulatio, quatenus interest, neque amplius: ut ita id quod interest, in faciendi obligationibus modum faciat obligationi. Idque veterum iuris auctorum sententiæ aperte confirmant; nam si nihil intersit stipulantis, placet inutilem stipulationem esse. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod.* ubi autem interest, ibi quanti intersit, esse æstimandum. *d. L. si quis ab, de re iud. d. L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. infr. eod.* At utroque casu hoc evenit, ut factum non debeatur, nec sit in obligatione. Tum quidem, cum stipulantis nihil interest, manifestum est; nam si stipulatio est inutilis, ex ea nihil deberi potest, eoque ne factum quidem, itaque qui promissorem faciendi ad faciendum præcise cogi volunt, saltem hac parte admonentur, ne hoc tunc defendant, cum stipulantis nihil intererit. Quod si eius intersit; tamen ne sic quidem ista stipulationis lege constituta, quam diximus, aliud potest deberi, aut præstari quo stipulatori satisfiat, quam id quod interest. Postquam enim tacita conventione stipulationis hoc agitur, ut stipulator acquirat quod sua interest id fieri, de quo cautum est, hicque unus finis est stipulationis, ultra quem nec stipulatio iure progredi potest: apparet ex sententia contrahentium, et stipulationis lege id solum deberi, quo soluto huic fini et conventioni satisfieri potest; id est, quo stipulator id ipsum potest consequi, quod sua interest; et ita consequi, ut nihil etiam præterea absit eo nomine promissori. Atqui hoc ita consequimur, si æstimetur quanti intersit stipulantis, et quantum id erit, tanta pecunia ei præstetur. Sic enim fit, ut et hoc habeat stipulator, quod quærebat ex stipulatione, et promissor nihil præstet amplius. Facti vero præstatione huic fini satisfieri nullo modo potest. Ex quo intelligitur contra sententiam contrahentium esse id ex hac stipulatione deberi, aut, exigi posse. Finge enim minoris interesse stipulantis, quam quantum facti præstatio promissori ablatura sit: eo quidem præstito satisfiet stipulatori: sed cum iniuria promissoris, et contra rtipulationis conventionem ac finem, si quidem id ab eo exigatur. Plus enim cogetur præstare, quam stipulatori debebatur; nempe quam stipulatoris interest. Finge e converso pluris eius interesse, quam quanti factum nunc est, aut constat promissori; nisi id præstat promissor ante moram aut litem contestatam, non præstat quod ex fine stipulationis stipulator consequi debuit; unde et facientem non liberari scriptum est in *L. si insulam, infr. eod.* Quod si et eius quod promissori faciendo haberit, et eius quod stipulatoris interest, par erit æstimatio; tamen hoc plus erit in facto, quod molestia faciendi exhibebitur invito non necessaria, quæ vel hoc nomine ab eo exigenda non est, quod eam illi imponi nihil stipulatori prosit, dum consequatur aliter utilitatem facti, reo autem noceat. Et ut nihil sit aliud: tamen si cum pluris interest, id debetur, potestque ab invito exigi, recte dicetur par esse, ut si minoris intersit, eo quoque stipulator contentus esse debeat; atque adeo par nihil aliud hac quoque parte deberi. Postremo si certius aliquid quærimus, id habemus, quod omni dubitationi opponamus. Si tunc ut fiat id de quo cautum est, ex stipulationis lege agi non potest, cum stipulantis nihil interest; est in potestate promissoris semper efficere, ne factum debeat, aut præstare cogatur. Quippe est in eius potestate præstare, ne stipulantis intersit, nimirum id ipsum quod eius interest, ei præstando. Hæc, ut arbitror, dilucide probant, cum et factum, et id quod interest, secundum verba deducantur in stipulationem faciendi, et quidem factum magis: tamen sententia contrahentium non factum videri deduci, sed solum id quod interest. Quod si in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id solum quod volumus. *L. 3. supr. de reb. dub.* Placetque ob eam caussam in omnibus contractibus, etiam stipulationibus sequendum esse, quod actum est, idest, voluntatem contrahentium et sententiam. *L. semper in stipulationib. infr. de reg. iur. L. eum, qui, supr. eod.* consequens est simpliciter recte dici in stipulationem faciendi venire id quod interest; factum nequaquam. Prius tradiderunt diserte veteres, de facto nihil addiderunt. *d. L. si pœnam, supr. d. L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. L. quoties quis, infr. eod.* Sed non dubium est, quin qui ita definierunt in stipulationem faciendi id quod interest, venire, hac stipulatione id quod interest, contineri: hoc idem senserint, solum id quod interest venire et contineri; factum non item. Nam cum de eo quæreretur, quid in hoc genus veniret, quid eo contineretur, superiora responderunt. Non erat caussa, cur responderent potius de eo, quod interest, quam de facto, si et factum veniret una cum eo, quod interest. † Sed 48
cum

cum constet dandi quoque stipulationes inventas esse, ut acquirat unusquisque, quod sua interest, similiter ut faciendi, *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *supr. eod.* cur non eadem ratione dicamus etiam in has venire; his contineri id quod interest; quia quod verbis aperte deductum est in stipulationem, tandiu et voluisse contrahentes id deduci, et inde deberi credendum est, et significationi verborum standum, quandiu non manifeste probetur eos aliud sensisse. Arg. L. *non aliter*, *sup. de leg.* 3. *L.* 1. *§. licet*, *ver. in re igitur*, *supr. de exer. act.* Nihil autem in stipulationibus dandi proponitur, cur non contrahentes ut rem stipulati sunt verbis, ita maxime et hanc deberi, et præstari velint. Quod contra fit in stipulationibus faciendi, cum de facto quæritur. In his cur de facto præstando non videantur sensisse contrahentes, quamvis hoc ipsum verbis expresserint, hæ erant caussæ. Primum quia factum non sit res; quæ consistat, quamque ob id stipulator possit acquirere; cum tamen stipulatione id agatur, ut sibi acquirat. Deinde quia fieri id de quo cautum est, non semper intersit stipulantis, ac supra quam eius interest, nihil ei debeatur. In hac stipulatione, fundum dari, et similibus utrumque contra. Hic enim deducitur in stipulationem res ipsa, quæ pleno iure a stipulatore habeatur. Unde in hoc genus stipulationis dicuntur res deduci, ut in alterum facta. *§. ult. Inst. eod.* Res sunt eiusmodi, quæ consistant vel natura, ut corporales, vel iure, ut incorporales, veluti servitutes. *Inst. de reb. cor. et inc.* proinde tales, quæ ut vult stipulator, ita ei acquiri possint. Huc accedit, quod rem promissam dari semper stipulantis interest, et interest semper ad eundem modum; tanti videlicet, quanti res valet, quod ex iis omnibus commodis, quæ res afferre solet, æstimatur. Hoc neque pluris interest stipulatoris, neque minoris: nam et ille re accepta, eam totam et quidquid est in ea, pleno iure habiturus est ut dominus; et hac ipsa de caussa nihil habiturus est amplius. Quod eo spectat, ut intelligatur non esse metuendum, ne dum stipulator rem promissam petet, videatur plus petere quam sua intersit contra finem stipulationi propositum; aut dum promissor hanc offeret, ne videatur minus præstare, quam stipulantis interest. Satis ostendisse videor, quam vere dictum sit a veteribus in faciendi stipulationem solum venire pecuniam numeratam, seu id quod interest: ut proinde id sit, quod hinc dari oporteat, ac si solum debetur, ne peti quidem possit aliud, puta factum; tantum abest, ut ad faciendum promissor præcise cogi possit. In quo ut sententia veterum de obligatione stipulationum faciendi exposita est, ita de ratione et æquitate eius sententiæ respondimus. † Restat, ut de locis et 49
sententiis quæ contrariæ putantur, breviter etiam respondeamus: sunt autem hæc præcipua. Opponitur nobis rei vindicatio; in qua ut iubetur possessor victus rem de qua controversia est, restituere, ita si habet eius restituendæ facultatem, sic cogitur, ut auferatur etiam ei res manu militari. *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* Item restitutio eius operis, quod adversus nunciationem factum est, de quo ita agitur, si actor velit, ut opus ipsum destruatur. L. *Prætor*, *in pr. L. stipulatio*, *§. sive*, *supr. de op. no. nunc.* Etsi autem hic dici potest agi de his factis, quæ lege ipsa imponuntur iis, qui ante ad ea obligati non essent, eoque imponuntur non ex contrahentium sententia, qui nulli sunt, sed prout legi in istis caussis faciendum esse visum est; tamen volo has præstationes sic accipi, quasi ex obligationis caussa ab adversario exigerentur. Etiam si quis hoc concesserit; tamen hæ duæ species non modo nihil officiunt superiori sententiæ, sed etiam adversarios maxime confutant. Quod enim in his caussis placuit eum, cum quo agitur præcise cogi facere quod petitur, propria et singulari ratione constitutum est; ideo non est producendum ad consequentias. *L. quod vero*, *supr. de legib.* Quinimo cum in his exceptiones quædam sint publici iuris: necesse est, exceptiones in contrariam sententiam regulam confirment. Nam in rei vindicatione ideo cogitur possessor rem omnino restituere; quia esset omnium indignissimum rem suam domino auferri, et eam apud prædonem manere, cum transferendi ad dominum potestas esset. *L.* 2. *supr. de iis qui sunt sui vel al. iur. L. in fundo*, *supr. de rei vind. L. si servos*, *supr. de pig. act.* Neque vero cum Magistratus, aut Iudex rem auferet possessori, et domino restituet, periculum est, ne videatur facere, quod ei iure non liceat; hæc enim translatio nihil iuris in dominum transfert; ut quis dicat non potuisse id ius ab eo transferri, qui ipse non habuit: sed transfert solum detentionem, facitque, ut qui prius rem non tenebat, nunc teneat; quod privatus quivis potuit efficere quamvis iniuria possessorem nimirum deiiciendo, et possessionem alii cui velit, tradendo. Etsi autem hæc executio in privato vis, et iniuria est, in Magistratu tamen ius est, dum vim

vim infert iure honoris, et potestatis, quam sustinet *L.* 3. *supr. de eo quod met. caus.* Nihil simile in actionibus in personam, quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. Primum in his agitur de re aliena, idest, ea, quæ debitoris sit, non actoris: alioqui frustra intenderet actor sibi dari oportere. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Deinde id agitur iudicio, ut dominium, aut caussa bonorum in actorem transferatur. Quod Magistratus facere non potuit, cum non sit dominus; ac iuxta regulam iuris nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habuit. *L. nemo plus*, *infr. de reg. iur.* Quod attinet ad restitutionem eius operis, quod adversus nunciationem factum est; non mirum, si Prætor id iubet destrui, idque ipsum exsequitur extra ordinem; nam id pertinet ad vindicandam auctoritatem et imperium Magistratus; constat enim quod adversus nunciationem factum est, contra interdictum Prætoris factum videri, ut scribitur in *d. L. Prætor*, *de op. no. nunc.* Affertur huc etiam, quod de defensione procuratoris scriptum est in *L. sed et eæ*, §. *ult. supr. de proc.* Sic enim illic traditur, procuratorem actoris dominum ex edicto defendere debere; in hac defensione non satis esse, si prius quam ad agendum alieno nomine admittatur, satisdet se iudicatum soluturum, si de eo quod mutuo a domino petitur, condemnatus erit; sed etiam re ipsa eum in ea lite dominum defendere debere: idest, non sufficere ob rem non defensam stipulationem committi, sed omnimodo compelli iudicium accipere. Quod movere nos non debet; nam primum illic procurator nihil promisit: nos autem de faciendi obligationibus agimus. Tum autem non compellitur procurator ne in hac quidem specie præcise dominum defendere; nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantum est, ut denegetur ei actio. *L. mutus*, §. *pœna*, *supr. de proc.* ut consequens sit illum non agendo evitare necessitatem defensionis. Sed plerique, ut in faciendi obligationibus facti obligationem et petitionem, eiusque præstandi absolutam necessitatem defendant, præcipue moventur verbis §. *aliæ autem*, *Inst. de donat.* sic verba sunt Iustiniani *et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas* (de donationibus loquitur, (de quibus donator voluntatem suam declaravit) *etiam in se habere necessitatem traditionis voluit.* Quibus aperte ostendit venditorem in obligatione empti ita obligari ad rem tradendam, ut necesse habeat rem tradere; ex quo illi colligi volunt, venditorem præcise cogi, ut tradat [1] Non recte: nam et sub titulo *de edendo* crebro dicitur argentarius compelli ad editionem rationum, compelli et cogi edere: quod quodammodo plus est, quam necesse habere. *L. Prætor*, §. *ult. L. si quis ex*, §. 1. *supr. de eden.* et tamen alibi sub eodem titulo scribitur, si quis rationes non edidit, cum decerneretur a Prætore, adversus eum locum habere actionem in id, quod tum interfuit agentis rationes edi. *L. ubi*, *eod.* Et ne discedamus ab emptione, traditum est in L. *ex empto*, *in princip. de act. em.* venditorem rem tradere oportere: quod nihil aliud declarat, quam venditorem necesse habere rem tradere: et tamen in eadem L. *in* §. *idem ait non tradentem*, scriptum est diserte *non tradentem venditorem quanti intersit condemnari.* Unde intelligimus, quod dicitur necesse habere venditorem rem tradere, sic accipi debere, nisi velit condemnari: ut [2] necessitas hic intelligatur ea quam alii vocant necessitatem consequentiæ: Cicero *Lib.* 2. *de Inventione*, necessitatem cum adiectione. Et vero hanc sententiam Iustiniani esse in *d.* §. *aliæ autem.* Ut venditor rem tradere necesse habeat, aut alioqui solvere id quod interest, ipse de se optimus est testis in *L. contractus.* illic, *adeo*, *ut nec*, *C. de fid. inst.* qui de emptione ex professo agens, et hanc necessitatem commemorans, nominatim illam cum ea disiunctione, quam modo dixi, posuit. Ad extremum obiici posse scio etiam illa, quibus significatur factum esse in obligatione itidem, ut rem, cum rem dari stipulamur: cuiusmodi sunt hæc, stipulationum quasdam esse in dando, quasdam in faciendo; *L.* 2. *supr. eod.* Item in stipulationem non solum res deduci, sed etiam facta §. *ult. Inst. eod.* item quod nominatur faciendi obligationes, L. *si quis ab alio*, *in fin. supr. de re iud.* De his iam supra dixi, ita ea scripta videri, ut declarent etiam factum ex stipulatione quandoque deberi, cum quid fieri

1) Imo sequitur, quia verba *ad exemplum* convincunt eandem esse necessitatem in donatione quæ in venditione. At in illa est absoluta, ut et fatetur Gæd. *d. C.* 9. *n.* 68. Quin sicut ex. gr. inconveniens est plus tribuere actioni utili quam directæ, ad cuius exemplum illa introducta, ita et plus esse obligationis in donatione quam in emptione, ratione traditionis. Deinde facit vox *etiam* in *d.* §. 2. Quin absurdum est strictius conveniri donatorem ex liberalitate sua, quam venditorem ex contractu et caussa emptori onerosa.

2) Sed ibi innuitur utriusque necessitas, non alternative, sed successive. Si copia tradenti, necessitas est, *perficere contractum* eumque præstare. Sin ea desit, *id quod interest ei persolvere.*

fieri stipulamur. Nam si ex faciendi stipulatione nihil deberetur, nisi pecunia quam dari oportet, dicendum esset omnes stipulationes esse in dando, in omnes deduci res; sed nec recte ulla diceretur faciendi obligatio; cum omnes dandi essent. Sed ostendi hæc omnia ex initio stipulationis dicta esse: re vera enim deducuntur in stipulationem a principio facta, quo tempore et factum in stipulatione versari et faciendi obligatio non male dicitur. Quod si cum fieri posset, quod promissum est, factum non sit; docui pluribus exinde pecuniam deberi ex sententia contrahentium iure quodam novationis. Obstare tamen videbitur hodie saltem huic sententiæ constitutio Iustiniani de novatione: qua cautum est, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties contrahentes nominatim remiserint priorem obligationem, et se posteriorem elegisse expresserint. *L. ult. C. de novat.* §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* quod non fit ista prioris obligationis faciendi in sequentem pecuniæ obligationem transfusione. Sed Iustinianus de iis obligationibus loquitur, ex quibus veteres novationem introducebant: his enim verbis utitur in *L. ult. non erat autem veteribus novatio, nisi cum duæ caussæ erant, duo diversi contractus, ex quibus posterior erat stipulatio, quæ novandi animo interponebatur. L.* 1. infr. *de novat. et d.* §. *præterea, quib. mod. tol. obl.* De duabus igitur stipulationibus diversis, aut de duobus contractibus, ex quibus posterior sit stipulatio novans, loquitur Iustinianus; in faciendi autem stipulatione de qua agimus, unam stipulationem esse apparet: in qua hæc sententia contrahentium esse intelligitur, ut quandiu durat id tempus, quo per rerum naturam præstari potest, tandiu recte ex obligatione præstetur: hoc tempore transacto deinceps debeatur, quod stipulantis interest id suo tempore factum esse. Itaque non proprie hic novatio est; sed species quædam et instar novationis. Quod si quis dixerit in stipulationibus faciendi nihil amplius iam a principio venire in stipulationem, quam pecuniam, quæ debeatur sub conditione, si factum non erit, quod promissum est; et obiectionem istam de novatione sine aperto consensu non introducenda sine ulla dubitatione effugiet, et fortasse non erraverit. Nam quod dicitur in stipulationem faciendi deduci non rem, sed factum: *d.* §. *ult. Inst. eod.* Item stipulationes has esse in faciendo, non in dando: *d. L.* 2. *supr.* dici potest nihil horum significare factum ex stipulatione deberi; deducitur enim factum in stipulationem, quia deducitur verbis: cæterum sententia deducitur id quod interest; unde et id quod interest dicitur venire in stipulationem. *L. si pœnam, supr.* Dicitur item et stipulatio esse in faciendo, quia verbis ita concepta est, ut quid fiat: cæterum re vera et hæc in eo est, ut quid detur, nimirum pecunia; sed longe alio modo, quam eæ, in quibus recta et conceptione ipsa verborum res aliqua dari promittitur: quæ caussa fuit ista genera distinguendi. In dandi namque stipulationibus res certa continetur, quæ dari debeat, in stipulationibus faciendi res incerta, nempe id quod interest. Eodemque modo faciendi obligationem, quæ nominatur in *d. L. si quis ab alio, in fin.* accipiemus eam, non qua quis obligatus est ad faciendum, sed qua verbis comprehensum est, ut fiat aliquid; tametsi verborum exitus et sententia hæc sit, ut præstetur id quod interest, ut eodem illo loco, in quo nominantur faciendi obligationes, declaratur, idest, *L. si quis ab alio, in fin.* Sed hæc non insubtiliter dici possunt, dum cavere volumus, ne obligatione facti ab initio admissa eademque deinde in pecuniæ obligationem commutata, genus aliquod novationis videatur induci contra Iustiniani constitutionem quæ est de novatione: quod periculum si hic non metuimus, ut ostendimus metuendum non esse, melius est et tutius in priore sententia manere. Quod ad rem ipsam attinet, utrum dicamus factum ab initio tantum deberi, idque solum per id tempus, quo per naturam præstari potest, an vero nullo modo deberi, in iure habendi, aut persecutionis nihil omnino interest. Etsi enim maxime statuerimus ab initio ita deberi, ut diximus; est tamen id ad persequendum, multoque magis ad obtinendum factum inutile: cum antequam præterierit id tempus, quo promissum fieri potuit, agi non possit: *d. L.* 14. *supr. eod.* finito eo tempore factum in obligatione esse desinit, et pecunia seu id quod interest, incipit deberi. Sit igitur rata hæc sententia, cum quid fieri promissum est, sive promissor non poterit facere, sive nolet, nihil venire in obligationem, ut quidem iure ab invito peti possit, nisi id quod interest: sic tamen, ut si promissor malit facere, quod promisit, sit ei facultas, modo faciat ante litem contestatam. *L. si insulam, infr. eod.*

Ideoque in hoc genere dividi stipulationem: secundum quæ Celsus ait posse dici iuxta æstimationem facti dandam esse petitionem.) † Constituta superiore sententia 50

tia veterum, in faciendi stipulationem, cuiuscunque modi sit, venire solum id quod interest, solum hoc deberi, quod quidem peti possit, ac proinde pecuniam numeratam; quale sit, quod deinceps de divisione stipulationum huius generis colligit Ulpianus, facile intelligi potest. Consequens esse ait, in hoc genere dividi stipulationem. Recte; pecuniam enim natura divisionem recipere certum est. Prius autem posuerat stipulationes dividi; aut non dividi, ut sunt res quæ in stipulationem deducuntur. Denique quantitatis stipulationem partis præstationem recipere inter omnes convenit. *L.* 2. *supr. eod. L.* 9. §. 1. *infr. de sol.* Quod in hoc genere debetur pecunia, et ob id stipulatio dividitur, recte hic quoque colligit secundum hæc duo dici posse iuxta æstimationem facti dandam esse
51 petitionem. † Quibus verbis non tantum significat, quod faciendum esse supra docuimus, quia scilicet pecunia et æstimatio facti debetur, ideo ad eam rem petitionem dandam esse; sed etiam hoc præcipue complectitur, quod ad divisionem stipulationis pertinet, de qua propositum illi est dicere, petitionem dandam esse secundum æstimationem facti, idest, ita ut æstimationi facti, et pecuniæ convenit: quod fiet hoc modo, si cum promissor decesserit pluribus heredibus relictis, ut de divisione obligationis et actionis inter eos quærendum sit, petitio dividatur, deturque adversus singulos pro portionibus hereditariis; sic enim dividitur obligatio inter heredes lege duodecim tabularum, quoties stipulatio divisionem recipit. *L. heredes*, §. *an ea*, §. *contra*, *supr. fa. erc.* Factum hic positum est, pro ea re, quam factum continet, seu quam factum secum affert, idest, pro utilitate ipsa, quæ ex facto capitur, quæ est id quod interest, ut supra quoque monui. Æstimatur hæc utilitas; quia cum non faciente promissore amissa sit, ita fieri ne-
52 cesse est, si eam sarciri volumus. † Legendum est autem, *iuxta æstimationem*, ut in aliis exemplaribus, non ut in Pandectis Florentinis, *iusta æstimatione.* Nam dare actionem iuxta, vel secundum æstimationem, scimus quid sit: dare autem petitionem *iusta æstimatione*, ut sit secundum iustam æstimationem, vel pro iusta æstima-
53 tione inauditum est. † Interim hæc sententia est, quam diligenter tenere oportet, etiam facti individui stipulationes omnes divisionem recipere inter heredes pro portionibus hereditariis, cum ad petitionem eius, quod inde debetur, ventum est. Debetur enim id quod interest, quod in pecunia numerata consistit; pecunia autem divisionem recipit. † Quid ergo inter facti dividui, et in- 54
dividui stipulationes interest? cum de pecuniæ exactione agitur, nihil: cum de facti præstatione, plurimum. Nam cum utriusque generis commune sit, ut promissor facere possit, quod promisit, eoque facto liberetur usque ad litem contestatam, hoc distant, quod ex facti dividui stipulatione unusquisque heredum promissoris pro portione hereditaria faciendo liberatur, ut facti dividui obligatio etiam inter heredes lege duodecim tabularum divisa est: ex facti autem individui stipulatione non potest liberari heredum quisquam, nisi in solidum fecerit, quod promissum est, quia et facti natura indivisa est. *L. cum ex causa infr. eod.* Atque hinc illa sunt, quæ de ipsius facti præstatione solida tam multis locis legimus, in quam sententiam sunt hæc: promissori, heredique eius pro parte neque restitutionem neque defensionem contingere posse. *L.* 4. *in fin. supr. eod. L. si duo*, *supr. depo.* Item, unumquemque heredum venditoris subsistere in caussa evictionis, et emptorem defendere debere. *L. in exsecutione*, §. *in solidum*, *L. cum ex caussa infr. eod.* Item, heredibus opus facere iussis unumquemque heredem in solidum teneri ut faciat. *L.* 11. §. *pen. supr. de leg.* 3. Sed hæc ita sunt, inquam, cum heredes potestate faciendi sibi concessa uti volentes ita affecti sunt, ut cupiant facere promissum, itaque liberari, ne cessatione sua incidant in id quod stipulatoris interest. Sic enim defertur eis conditio, quam natura rei exigit, ut solidum faciant: aliter nihil proficitur. Non utique quod si pro parte posset factum id præstari, non audirentur; sed quia pro parte non potest prohibente facti natura, quæ ut est expositum, indivisa est. Quod si heredes promissum non faciant, sive quod cessent omnes in totum, sive quod quibusdam defugientibus aut cessantibus alii facere parati sint, sed pro parte tantum, non in solidum: hic existit illa stipulationis divisio, de qua dicimus, quam nec stipulator, si velit, possit evitare, ut singuli heredes non nisi pro portione hereditaria teneantur. Non enim ne ut faciant quidem, adversus eos actio est, ut docuimus; tantum abest, ut in solidum facere cogi possint. Ubi autem non fit, quod promissum est, nec de eo alia est actio, nihil relinquitur, nisi pecunia, quam ex obligatione dari oporteat, ut huius loci definitio est; ac pecuniæ obligationem inter heredes lege dividi constat. Videamus tamen, ne hic quædam nobis adversentur; sunt

sunt enim quidam loci, quorum alii in hoc genere necessitatem absolutam faciendi ab unoquoque herede exigere videntur; alii ita permittunt heredibus facti æstimationem, ut tamen solidam etiam ab uno exigant;
55 de his ergo videamus. † Et prioris generis unus locus est maxime insignis in *L. 11. §. pen. supr. de legat. 3.* cuius hæc verba sunt: *si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit unumquemque heredem in solidum teneri Divus Marcus, et Lucius Verus Proculæ rescripserunt.* Tempus tamen coheredi præstituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum. Post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumptum pro parte eius. Ergo et in statua, et in servitute, cæterisque quæ divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit. Quæ verba si uti simpliciter, et sine ulla exceptione scripta videntur, ita etiam accipimus; aperte illam divisionem stipulationis facti individui, quam statuimus, hic locus repudiat. Nisi forte putamus aliud iuris esse, cum testator iussit heredes suos aliquid quod individuum sit, facere; aliud cum in huius facti a defuncto suscepti obligationem succedunt, quod non ita est. Non enim magis individuum fit aliquid, quia iniungitur a testatore, nec aliter obligantur heredes ex legati caussa, aliter ex obligatione defuncti, si utrobique in obligationem eadem res deducitur: sed hæc et in legato, et in aliis caussis obligationis hereditariæ caussa est, quod heres contrahere videtur cum creditoribus cum adit hereditatem, aut ei se immiscet. *§. heres, Inst. de obl. quæ ex qua. cont. L. 3. §. ult. et seq. supr. quib. ex causs. in poss. ea.* Ne testator quidem cum aliquid omnibus iniungit, magis vult unum heredem id præstare, quam alterum; idque superiore rescripto satis declaratur, in quo ita volunt Imperatores Proculam solam opus facere, ut tamen dicant illam coheredi imputaturam esse sumptum pro parte. Adde, quod cur velint Imperatores unumquemque heredem in solidum teneri, hanc rationem Ulpianus reddit, quod res divisionem non recipiat; sic enim in universum postea subiicit; *ergo et in statua, et in servitutibus, cæterisque, quæ divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit.* Nihil igitur hic diversum est ab ea obligatione faciendi, quæ a defuncto nata in heredem proficiscitur; neque adeo hoc loco ista defensione opus est. Satis enim intelligitur ex verbis superioris rescripti agi de ea Procula, quæ vellet facere, ac faciendo liberari. Apparet ex eo, quod petebat sibi tempus præstitui, intra quod coheredi denunciaret, excitaretque eum ad operam et sumptum in commune opus conferendum. Præterea et ex eo, quod post id tempus datur etiam ei spatium ad opus faciendum; nec prius cum ea utiliter Imperatores agi volunt, quasi nondum præteriisset id tempus, quo opus iniunctum fieri recte posset, iuxta *L. 14. supr. eod.* Non mirum vero si intra id tempus solam Proculam facere voluerunt Imperatores; non enim fuit aliud, quod statuerent adversus eam, quæ nondum iusto tempore ad opus faciendum transacto in pecuniam numeratam non posset conveniri, aut condemnari. At si Procula ne intra hoc quidem tempus opus faceret, dubitari non debet, quin heredes non tantum cæteri, qui nihil fecissent, sed etiam Procula, quamvis in partem operis sumptum contulisset, inciperent ex illo omnes teneri in id quod civitatis interest, iuxta regulam reliquarum *faciendi* obligationum hoc loco traditam, et in *L. si quis ab alio, supr. de re iud.* Neque id negatur superiore rescripto, postquam agitur de ea, quæ faciendo vellet liberari: nam divisio stipulationis ad eos solum pertinet, qui non faciunt, quod promissum est: propterea quod non cadit divisio, nisi in pecuniam numeratam; et hanc ex definitione huius loci ita dari oportet, si factum non sit, quod quis fieri stipulatus est. Sed ut nihil aliud illic scriptum esset, quam ad opus faciendum unumquemque heredem in solidum teneri: tamen hoc ita accipi deberet, si vellet heres faciendo liberari. † Nam primum generaliter tenere 56
oportebit, ubicunque dicitur ex aliqua caussa reum cogi facere, compelli ad faciendum, necesse habere facere; illic necessitatem non debere accipi absolutam, sed cum hac conditione, nisi velit teneri in id quod actoris interest: ut supra docui, cum respondi de necessitate rei tradendæ, quam Iustinianus venditori impositam scribit. Et certe in rescripto superiore alia necessitas intelligi non potest. Faciamus enim Proculam nolle facere; quomodo cogetur? non potest ne natura quidem. Sed nec ulla cogendi ratio est iure prodita, ut pluribus ostendi ad *d. L. si quis ab alio*; ubi et hoc argumentum, quid veniat in obligationem faciendi, non indiligenter tractavimus. Deinde animadvertendum est, in eo rescripto nihil dici de operis effectione, quod non item dicatur de rei restitutione, deque defensione, quæ præstanda est a venditoris heredibus in *L. 4. §. ult. supr. et L. cum ex caussa, infr. eod.* Nam in L. 4. scriptum est absolute neque restitutionem, neque defen-

sio—

sionem pro parte contingere posse heredibus: et si aliquid apertius quærimus, adiicitur etiam in *L. cum ex caussa.* unumquemque heredum defendere in solidum debere. Atqui de defensione hoc temperamentum adiici scimus, ut si vel unus defugiat, nec emptor in solidum defendatur, sic teneantur omnes, ut unicuique pro parte hereditaria præstatio iniungatur. *d. L. cum ex caussa, in fin. L. in exsecutione, §. in solidum, infr. eod.* Idque et in restitutione rei depositæ scriptum est in *L. si duo, in fin. supr. dep.* Et cur non idem dicamus in hoc genere stipulationum, quæ in faciendo sunt, quod in illis quæ versantur in non faciendo, veluti per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat? Hic si unus ex heredibus promissoris contra stipulationem fecerit, committitur quidem stipulatio in solidum adversus omnes, quia in re indivisa pro parte peccari non potuit: sed ita ut non teneantur singuli, nisi pro portione hereditaria. *L. 4. §. Cato, supr. eod.* Par est, ut cum stipulatio in eo erit, ut quid fiat, si heredes in solido faciendo cessaverint, committatur quidem stipulatio in solidum, sic tamen ne amplius teneantur singuli, quam pro parte sua; non enim profecto gravius delictum est eius, qui cessat, quam qui ultro vim aut iniuriam facit.
57 † Posterioris generis locus est in *L. 3. §. heres, supr. com.* in quo ita scriptum est: heres eius qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, convenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat. Tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc bonæ fidei iudicio conveniat. Quod dicit Ulpianus eum, qui habet facultatem totius rei restituendæ, condemnari in solidum, his verbis, *in solidum*, solidam æstimationem intelligit, quanti ea res est, seu quanti interest actoris rem restitui; nam de ipsius rei restitutione si agatur, in solidum tenentur singuli, ut rem restituant, sive habeant rei restituendæ facultatem, sive non habeant; non enim potest res nisi pro solido restitui *L. si duo, supr. depo.* Ita hoc loco declaratur eum, qui restituere debuit, ut si velit restituere, non nisi in solidum restituendo liberetur, ita si non restituat, etiam in pecuniam numeratam in solidum eo nomine condemnari. Idemque responsum est in omnibus caussis, ex quibus adversus defunctum ad rem restituendam, aut ad edendum, exhibendumve agi potuit, si unus ex heredibus eius rem, de qua agitur, possideat. *L. 2. §. incertam, infr. de præt. stip. L. actione, §. antep. sup. pro soc. L. si unus, §. 1. sup. de eden.* Quod et verum est; sed nihil ad hunc locum. Cum enim dicimus in faciendi obligationibus, cum factum non est, quod debuit, singulos heredes teneri in pecuniam numeratam pro parte hereditaria, tunc locum habet, cum conveniuntur ut heredes, puta ex obligatione hereditaria. Porro qui ideo convenitur heres, quia possidet, non convenitur in solidum ut heres, sed ut possessor, neque id ex obligatione hereditaria, sed sua, et ex facto suo; condemnatur enim ideo, quia per contumaciam non restituit id, quod potest. Proinde merito facti sui, et contumaciæ solus pœnam sustinet; idque maxime bonæ fidei iudiciis, et arbitrariis convenit. Non his tantum locis, de quibus dixi, impugnatur ea stipulationis divisio, de qua dicimus; † sed eodem et- 58
iam confertur exemplum servitutum; quæ cum natura divisionem non recipiant, fit etiam, ut si via promissa sit, et promissor decesserit pluribus heredibus relictis, placeat ab unoquoque solidam servitutem peti posse. *L. viæ, supr. de ser.* Sed res progreditur longius, placet enim nisi omnes viam constituerint per fundum communem, eum cum quo actum est, etiam in solidam servitutis æstimationem condemnari. *L. 2. §. ex his, vers. sed quo casu, supr. eod.* Cur non in factis quæ initio huius capitis proposita sunt, idem dixerimus, cum et natura indivisa sint, itidem ut servitutes, et cum servitutibus comparentur ab Ulpiano cum hoc loco, tum multo clarius in *d. L. 11. §. pen. supr. de leg. 3.*? Et sine dubio servitutum et factorum præstationes inter se comparantur recte, sunt enim æque indivisæ; non enim magis factis individuis promissis quid fieri pro parte potest ab uno ex heredibus, quam servitutes promissæ præstari pro parte. Sed non recte comparantur istarum rerum stipulationes: de his autem agitur. Nam in servitute promissa, ipsa servitus in stipulationem venit, res natura individua; quam ideo a singulis heredibus solidam deberi necesse est. Quod si servitute non data eo res deducetur, ut præstanda sit æstimatio, etsi hæc dividua est, non facit tamen ea res dividuam stipulationem: quoniam hæc non ut debita, sed pro re quæ debita est, præstatur. Quo fit, ut tantam præstari oporteat, quanta est ea res, pro qua præstatur; fuit autem solida servitus, quæ exigitur ab unoquoque heredum: proinde et servitute non data, solidam æstimationem eo nomine præstari convenit. At in stipulationem facti quamvis individui non factum in stipulationem venit, ut prius veniebat servitus;

tus; sed pecunia numerata, res aperte dividua natura, quæ cum præstabitur, non pro alia re debita præstabitur, sed ut ea, quæ debeatur sola et principaliter. Non mirum, si hic dividatur stipulatio in præstatione et exactione eius rei, quæ ut ipsa per se dividua est, ita ex obligatione præstatur.

Ad §. Si quis ita stipulatus sit.

Si quis ita stipulatus sit: *Si ante Kalendas Martias primas opus perfectum non erit: tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari?* diem promissionis cedere non ex quo locatum est opus, sed post Kalendas Martias: quia nec conveniri ante Kalendas Martias reus promittendi poterat.

Hæc pars exposita est in *L. in illa.* 8. *supr. eod.*

Ad §. Plane si insulam.

Plane si *insulam fulciri* quis stipulatus sit: non est expectandum ut insula ruat, (ut) sic denique agi possit: nec *insulam fieri*, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi iam cœperit, mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationis cedit.

Hæc altera, in *L. si ita stipulatus*, 14. *supr. eod.*

Ad L. Interdum. 73.

Paulus lib. XXIV. *ad Edictum.*

Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit: veluti si id quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit: tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit: non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint, nec sint præstitæ. Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit; quasi conditionem habeat. Idem est et in servo eius qui apud hostes est.

SUMMARIA.

1. *Faciendi stipulationes quando committatur.*
2. *Tempus, quo per rerum naturam quid fieri potest, unde cedat.*
3. *Ex mora nunquam nasci stipulationem, sed sine mora ex sola stipulatione.*
4. *Interpellatio in faciendi obligationibus, ad quid, et quibus in rebus necessaria sit.*

1 INitium huius loci, *et* §. 1. exposui ad *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr. eod.* † Obiter illa verba notanda sunt de faciendi stipulationibus, quando hæ committantur: *aut domum, inquit Paulus, ædificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest*: adversus eos, qui in operis faciendi stipulationibus veluti insulam, balneum, theatrum ædificari, fossam fodi, et similibus, ut ex stipulatione agi possit, existimant præcedere debere interpellationem stipulantis. In *L.* 14. *supr. eod.* Celsi sententia de hoc genere ita concepta est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula ædificari posset: ex quo satis intelligebatur, cum id tempus præteriisset, statim agi posse, arg. *in L.* 1. *vers. eiusque, supr. de off. eius, cui man. est iur.* Nunc autem ne opus sit in re certa argumentari, id hoc loco expressum est. *Tunc incipit actio*, inquit, cum insula *per rerum naturam præstari potest.* † Sed alicunde hoc tempus cedere oportet, 2 quo

quo per rerum naturam quid fieri potest. Unde igitur cedet? Ex interpellatione, inquient. Imo ex stipulatione, ut diserte scriptum est de operis certis et fabrilibus in *L. quoties, supr. de op. lib.* et certe ut ibidem scriptum est peti non possunt certæ operæ promissæ, nisi sint præteritæ: quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis. Solum hoc operarum incertarum et officialium, quas patronus a liberto stipulatur proprium esse traditur, ut ne confestim cedant, sed tunc cum eas poposcerit patronus, tunc cum fuerit indictæ. *L. cum patronus, dict. L. quoties, in fin. supr. de op. lib.* Ergo qui promisit se opus aliquod facturum, si intra tempus, quo natura fieri potuit, non fecit, citra aliam interpellationem statim tenetur, et cum eo statim agi potest. At enim mora non fit sine interpellatione. *L. mora, supr. de usur.* quasi hoc quidquam ad rem pertineat. Scio, quo modo hoc alii tentent expedire; concedunt ita esse: sed addunt satis in proposito interpellatum videri promissorem adiecto die. *L. magnam, C. de cont. stip.* Quippe hic diem tacite inesse, cuius lapsu non minus mora fiat, quam si aperte adiectus esset: negant eandem vim esse illi, qui interpellationem adhiberi volunt. Ex quo apparet hoc ambigi solum inter eos, an hic interpellatione nova opus sit ad moram faciendam: cæterum in eo consentire omnes, in proposito non committi stipulationem, nisi prius mora a promissore operis facta sit. At quamobrem, aut unde sumptam hanc sententiam hic sibi obiiciunt? excutiamus species stipulatio-
3 num omnes: † ita ius esse reperiemus, ut nunquam ex mora nascatur obligatio, sed sine mora ex sola stipulatione. Quod pure promissum est, et statim debetur, et statim peti potest. §. *omnis, Inst. eod.* Proinde et sine ulla mora promissoris: et sane quod debetur, non eo minus debetur, quia id stipulator non petit, et non est molestus debitori: cum actio, quæ iure creditori competit, sit non in petitione, sed in petendi, et persequendi potestate. *L. nihil, supr. prox. tit.* Quod promissum est in diem, etsi ante diem non potest peti, debetur tamen, et statim eius obligationis dies cedit. §. *in diem, Instit. eod. L. centesimis, supr. eod.* Cumque dies venit, etsi mora sit ipso diei lapsu, non eo tamen statim agi potest, quia mora facta sit; sed quia hæc lex sit stipulationis, ut tunc primum agere liceret. Quod sub conditione promittitur, ut ante quam conditio extiterit, non debetur; sic cum extiterit, et debetur, et statim peti posse incipit, non minus, quam si ab initio obligatio pure contracta esset. *d. L. cedere, infr. de verb. sig. L. si pupillus, supr. de cond. Inst.* In quo nemo dixerit moram a debitore fieri, ut ita debeat: cum nec ante mora fieri potuerit in eo, quod per id tempus peti ab eo non potuit; *L. nulla, infr. de reg. iur.* nec tunc, cum conditio existit, cum sæpe ignoret promissor eam extitisse, eoque nullam caussam habeat, cur sciat se debere; sæpe rem in potestate non habeat, neque se ad eam præstandam antea comparare potuerit, ut qui de conditionis eventu nihil potuerit divinare, iuxta *L. quod te, supr. si cert. pet.* Ut omittam nullum in conditione diem statui ad solvendum, quo non adiecto sine interpellatione mora non fit. *L. mora, supr. de usur.* de quo plura ad *L. quoties in diem, supr. eod.* Sic ergo res habet: insulæ aut cuiusvis operis stipulatio diem habet, quo opus fieri potest per rerum naturam: proinde hoc præterito statim tenetur promissor, et statim cum eo agi potest sine alia interpellatione. §. *in diem, Inst. eod.* Nec metuemus, cum hoc dicimus, ne videamur statuere eum teneri, quamvis moram non fecerit: nihil enim periculi est, quominus id statuamus; cum ut agi cum promissore possit, non sit necesse moram ab eo fieri, nec ex mora obligatio aut actio nascatur; et quamvis in hoc genere requireremus moram, ut cum promissore agi posset, tamen ad eam efficiendam interpellatio ante diem esset inutilis: quoniam ante non potuit a promissore peti; nulla est autem mora, ubi nulla petitio est. *L. si pupillus, infr. eod. d. L. nulla, infr. de reg. iur.* † Sane interdum 4
in obligationibus faciendi interpellari promissorem necesse est: non tamen ut moram faciat, sed ut inde cedat faciendi tempus, quod ante non cederet: quod placuit in operis incertis et officialibus patrono promissis; quæ non prius cedunt, quam a patrono fuerint indictæ, idest, quam patronus eas poposcerit. L. *cum patronus*; *L. quoties, in fin. supr. de op. lib.* Sed tantum abest, ut exemplum ad alias operas, et alia omnia facta debeat transferri, ut utroque in loco superiore distinguantur ex professo hæ operæ ab aliis; et nominatim in *L. cum patronus*, adiiciatur aliud esse de operis quas patronus stipulatur, aliud de cæteris rebus ob eas caussas, quæ illis locis redduntur. Operarum tamen officialium stipulationi similes illas faciendi stipulationes esse non male dicemus, quibus quid fieri cautum est, quod sit in eo, ut tradatur, et con-

conferatur stipulatori. Cum enim id contineant; quod sine recenti voluntate, et sine novo facto, puta acceptione stipulatoris præstari a promissore non possit; videtur id actum esse, ne prius præstatio cederet, quam de ea voluntate stipulator significaverit promissorem interpellando, ut faciat, quod promisit; quemadmodum in operis. *d. L. quoties, in fin.* Et ideo stipulatio collationis, quæ exigitur ab eo, qui bona sua fratribus conferre debet, dicitur tunc committi, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit. *L. si quis filium, §. ult. supr. de coll. bon.* Non utique quia exigatur hæc interpellatio, ut per eam mora fiat, quæ ut ex stipulatione agi possit, non est necessaria: sed ut per eam exsistat conditio, quæ tacite stipulationi inesse videbatur; scilicet ut cum sine voluntate stipulatoris conferri non debeat, hæc collatio tunc cedat, cum stipulator voluntatem declaraverit; quod fit interpellatione. Nec temere est, quod eam stipulationem conditionem habere dicimus. Non enim committitur, nisi quæ fuit sub conditione, et quidem tunc, cum conditio exsistit. §. *sub conditione, Inst. eod.* committi autem eam scriptum est in *d. L. si quis filium, §. ult.*

Ad §. Stichi promissor.

Stichi promissor post moram offerendo, purgat moram. Certe enim doli mali exceptio nocebit ei qui pecuniam oblatam accipere noluit.

De purgatione moræ, quæ attingitur hoc loco, cognosce plenius ex *L. si servum §. sequitur. infr. eod.*

Ad L. Stipulationum quædam, 74.

Caius libro VIII. *ad Edictum Provinciale.*

Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ.

Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus tritici, Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoræ centum.

Ad L. Ubi autem. 75.

Ulpianus libro XXII. *ad Edictum.*

Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione incertum esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem.

Usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit, *Tritici Africani boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum?* incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest, quo fit ut boni appellatio non sit certæ rei significativa: cum id quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet, quæ res efficit ut ea appellatio certi significativa sit.

Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit: incertum intelligitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis iure utimur.

Illud dubitationem recepit, si quis id quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit: an certum stipulatus videatur. Sed ipsa natura manifestissimum est, incerti esse hanc stipulationem.

Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum quod in horreo est, stipulatur: certum stipulari intelligitur. Qui vero a Titio ita stipulatur, *Quod mihi Seius debet, dare spondes?* et qui ita stipulatur: *Quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* incertum in obligationem deducit: licet Seius certum debeat, vel ex testamento certum debeatur: quamvis istæ species vix separari possint ab ea quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico quod in horreo repositum est. Et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is pro quo obligentur, certum debeat: cum alioquin ita interrogentur, *Id fide tua esse iubes?*

Qui id quod in faciendo aut non faciendo, stipulatur: incertum stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodiri, domum ædificari, vacuam possessionem tradi. In non faciendo, veluti per te non fieri quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri quo minus mihi hominem Erotem habere liceat.

Qui *illud aut illud* stipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum: utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quæritur, nam et res certæ designantur, et utra earum potius præstanda sit, in incerto est. Sed utcunque, is qui sibi electionem constituit adiectis his verbis *utrum ego velim*: potest videri certum stipulatus: cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere. Qui vero sibi electionem non constituit, in certum stipulatur.

Qui sortem stipulatur, et usuras quascunque: certum et incertum stipulatus videtur: et tot stipulationes sunt, quot res sunt.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione duas esse iure distinctas actiones.*
2. *Quæstionis de certa et incerta stipulatione, occasio et usus.*
3. *Certæ et incertæ stipulationis definitio.*
4. *Certum, Incertum, quid.*
5. *Certitudo aut incertitudo cuiusque rei unde æstimetur.*
6. *Res quæ natura sua certæ aut incertæ sint, unde intelligatur.*
7. *Facti stipulatio omnis incerta.*
8. *Ususfructus incertus.* et n. 12.
9. *Hereditas est res certa.*
10. *Obligatio et actio an res incertæ.*
11. *Servitutes prædiorum.*
13. *Usus, habitatio, ut et ususfructus, res incertæ.*
14. *Res corporales futuræ, ut fructus, usuræ, quatenus sint incertæ.*
15. *Res corporales præsentes omnes natura sua certæ.*
16. *Pronunciationis certitudo in iis, quæ ex sua specie, non quantitate æstimantur, duabus rebus constat*, et n. 18.
17. *Generaliter hominem stipulatus, qua ratione incertum in stipulationem deduxisse intelligatur.*
19. *Species quomodo demonstretur.*
20. *Quantitas, id est, res pondere, numero mensura constantes, quomodo pronunciatione certæ fiant, et quatenus sint incertæ.* n. 22.
21. *Generaliter promissis corporibus, quæ quantitate non constant, cur stipulatio dicatur incerta, cum generalis rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant, stipulatio sit certa.*

1 STipulatione contracta, si quis non facit, quod promisit, prima ut in aliis omnibus caussis ad persecutionem iuris nostri quæstio est, quæ inde actio sit, qua recte experiamur. Hanc non unam esse placuit ex omnibus stipulationibus, sed duplicem; aliam tamen atque aliam prout stipulationes certæ sunt, aut incertæ, ut esse certum est, et initio *L. stipulationum*, traditur. Nam ex stipulatione certa certi condictio datur: ex incerta actio ex stipulatu, ut scriptum est; *Inst. eod. tit. in princ.* quæ ita iure distinctæ sunt actiones, ut Ulpianus in *L. si quis certum, supr. si cert. pet.* scribat, si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem eum non habere: sed illa condicticia actione id persequi debere, per quam certum petitur. Scio id aliis locis negari videri, ut *L. prædia, supr. de act. em. L. si pacto, C. de pact. L. inter, §. qui rem, infr. eod.* sed ut videatur, verbi ambiguitas facit: quæ cuius-

iusmodi sit, et quæ vis sit huius adiectionis, ex stipulatu, non est huius loci, ut dicatur; ostendi ut in loco ad *d. L. si quis certum*: sed pluribus ad *L. si pacto, C. de pac.* Interim hoc constat quod est apud Iustinianum in principio eiusdem Tit. ex stipulatione duas esse actiones, condictionem certi, si certa sit stipulatio, et
2 ex stipulatu, si incerta sit. † Non dubium, quin certæ et incertæ stipulationis, item certæ et incertæ rei quæstio, quæ his capitibus tractatur, nata sit ex hac occasione: nam et sub Titulo, *si certum petetur*, cum edicto generali proposita esset certi condictio, uti definitum est in *L. certi.* Certi condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur, ita simul quod necesse fuit, addita est *certi* definitio in L. *certum.* Atqui quæ ex stipulatione certi condictio est, non alia est condictio, quam quæ illic proponitur; nec dubito, quin illo edicto etsi caussæ omnes appellatæ non sint, ex quibus condictio daretur, tamen nominatim comprehensum fuerit de mutuo et stipulatione, de quo scripsi ad *d.* L. *certi.* Recte Duarenus monet etsi a formulis agendi discesserimus; tamen prodesse ad actionem recte instituendam, nosse quæ sit certa aut incerta stipulatio, nisi enim incerta stipulatio erit, nunquam incerta petitio admittitur; postulat id æquitas editionis, quæ huc spectat, ut edita actione sciat reus cedere, an contendere debeat, et si contendendum putat, veniat instructus cognita actione, qua conveniatur. *L. 1. supr. de ed. L. edita, C. eod.* Plane si quis hominem stipulatus sit, vel hominem aut aureos decem, idest, incertum; ibi non modo recipitur eadem, idest, incerta petitio, sed etiam ita stipulatorem agere, ut stipulatus est, necessitas stipulationis cogit: ne aliter petendo plus petat, et hoc modo iniuriam faciat promissori: *§. huic autem, et §. seq. Inst. de act.* cæterum ex stipulatione certa semper certum dici debet: alioqui non recte agitur. Et generaliter præcipitur in *d. §. huic autem, in fin.* eodem modo agi debere, quo quis stipulatus est. Quod Bartolus ait, de certa et incerta stipulatione etiam ob id quæri, quia incertæ stipulationes, quæ ex incerto eventu pendent, simul etiam dilationem habent, *L. interdum, supr.* ut sic sciatur, quæ capiant dilationem, verum non est. Etsi enim stipulationes fructuum, et similium ut sunt incertæ, ita et dilationem in se habent: non ideo tamen habent, quia sunt incertæ; sed quia conditio rerum promissarum talis est, ut nisi tempus natura constitutum intercesserit, existere non possint; prius autem quam cœperint in rerum natura esse, nec possint, nec debeant præstari: alioqui dicendum erit quæcunque incertæ sunt, eadem ratione dilationem habere. Habemus quærendi occasionem, et simul propositæ divisionis de certis et incertis stipulationibus usum. Quæ certæ, et incertæ stipulationis definitio sit his locis exposita, videamus.
† Et quod de dividuis et individuis stipulationibus traditur in L. *stipulationes non dividuntur, supr. eod.* hoc idem de stipulationibus certis et incertis hic statui principio intelligendum est, iudicari nimirum certas et incertas ex iis rebus, quæ in stipulatum deductæ sunt. Itaque certam stipulationem esse, quæ certum continet: incertam, quæ incertum. Hinc est, quod Caius in *L. stipulationum*, cum proposuisset divisionem stipulationum in certas et incertas, omissa alia definitione certæ stipulationis, statim definivit, quid esset certum: indicans in definitione certi positam esse certæ stipulationis definitionem. Ulpianus autem in *L. ubi, seq. in pr.* aperte eam incertam stipulationem esse desinit, qua incertum continetur. Qua ratione quæ stipulatio hic dicitur certa, aut incerta, recte alicubi appellatur certi vel incerti stipulatio, ut *L. scire, C. de contrah. stip.* eodem plane sensu. Itaque huc res redit, ut quæratur, quid sit certum, quid incertum. Quod in utroque hoc capite a Caio et Ulpiano factum videmus. † *Certum est*, inquit Caius, *quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumve sit.* Incertum contra Ulpiano, ubi id non apparet. *d. L. ubi, in pr.* Sed hoc etiam obscurum; quæretur enim amplius, quando id ex pronunciatione appareat, quando non appareat; neque id ut quæque stipulatio proposita est, continuo expeditum est. Atque hinc disputatio Ulpiani fusior de hoc genere, in *L. ubi*: qui quod obscurius in genere dictum erat, quid certum sit, quid incertum, id particulatim explicat, et propositis generibus variis eorum, quæ in stipulationem deduci solent, in singulis quando alterutram accidat, docet. Quod autem generibus his inter se collatis, et expensis cuiusque rationibus ad superioris quæstionis explicationem ex tota ea tractatione colligere possumus, et quod si ea tractatio non esset, vera ratio præcipiendum esse ostendit, hoc est: † certitudinem aut incertitudinem cuiusque rei æstimandam esse aut ex natura rei, aut ex rei pronunciatione; quasdam enim res natura esse incertas, ut nulla pronunciatione certæ fieri pos-

possint; quasdam certas natura sua, sed pronunciatione incidere in incertitudinem, dum non ita exprimuntur, ut ex pronunciatione appareat id quod sunt natura, idest, quæ, quales, quantæve sint. Ergo ex alterutra harum rerum incertitudinem contingere cuiusque rei; in qua autem re utrumque concurrit, ut et natura certa sit, et certa pronunciatio, hanc esse certam, quia tum appareat id; quod quærimus. Hoc sentire Ulpianum ex his maxime generibus licet intelligere: cum enim agit de fructibus promissis, quod ex fundo nascentur, ait ipsa natura manifestissimum esse incerti esse hanc stipulationem. §. *illud*: de illa autem stipulatione agens, *illud aut illud dabis*, significat hanc pronunciatione sola incertam esse, non natura rerum, quia, inquit, *certæ res designantur, at utra earum potius præstanda sit*, propter disiunctionem in *incerto est.* §. qui illud. Quo intellecto recte atque ordine faciemus, et ad omnem certæ et incertæ tum rei, tum stipulationis quæstionem utiliter, si cognoverimus primum, quæ res natura certæ sint, aut incertæ; tum si natura certæ reperientur, quæ pronunciatio rei rem incertam faciat; qua vitata non dubitemus certam pronunciationem esse dicere.

6 † Quæ res natura sua certæ sint, aut incertæ, intelligetur, si notatis generibus rerum, quæ in stipulationem deduci solent, dixerimus, quæ sit natura cuiusque, quæ genera ob hanc caussam maxime persecutus esse videtur hoc loco Ulpianus. Eorum fere hæc est summa. Quæ in stipulatum deducuntur, aut res sunt, aut facta, ut est in §. *ult. Inst. eod.* Res partim corporales, ut fundus, Stichus, decem aurei: partim incorporales, ut hereditas, ususfructus, prædiorum servitutes. *Tit. Instit. de reb. corp. et incor.* corporales partim futuræ, ut fructus; partim præsentes, et quæ iam sunt in rerum natura.

7 † Facti stipulatio omnis Ulpiano incertum continet, sive stipulemur, ut quid fiat, sive ut ne quid fiat. *L. ubi*, §. *qui id quod.* Non utique ob id tantum, quod prius quam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale sit: sed multo magis, quia in stipulationem venit id quod interest; cuius quantitas est incerta. L. *si pœnam*, *supr. eod.* Atque hoc in *d. L. si pœnam*, traditum est de stipulationibus, quæ in faciendo sunt: de quo et illic diximus. et plura ad *L. stipulationes non. vers. Celsus*, *supr.* De iis quæ sunt in non faciendo, dubitari non debet, ut quæ nunquam aliter committantur, quam si quid factum sit contra, quam cautum est. *L.* 2. §. *pen.* *L.* 4. §. *Cato. supr. eod.* Eius autem quod iam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id quod ob id factum abest stipulatori, id est: id quod eius interest contra factum non fuisse: nam ut factum revocetur, stulte ageretur, cum facta infecta fieri non possint. Ita fit non tam iure, quam natura, ut huiusmodi stipulationes committantur in id quod interest. *L. si procurator*, *infr. rem rat. hab.* Sive ergo in hoc genus factum venire placet: etsi apparet, quod factum, veluti insulæ ædificandæ, non tamen apparet, quale sit aut quantum, cum id ex utilitate æstimetur, quæ est incerta; sive placet potius, id quod ius est, venire id quod interest, non apparet quantum deducatur, etiam si pecuniam venire, et qualis pecunia sit, intelligamus: proinde utroque modo continetur stipulatione incertum ex definitione. Res, ut dixi, aut corporales, aut incorporales. Res incorporales quidam putant in universum incertas esse: quod longe aliter se habere mihi videtur.

† Usumfructum quidem in hoc genere commemorat Ulpianus, quem et incertum esse dicit: sed non omnes res incorporales sunt huiusmodi: quinimo paucis exceptis cæteræ omnes certæ sunt non minus, quam corporales. Incorporales quæ eædem in iure consistunt, sunt hæ, hereditas, obligationes, actiones, ususfructus, et reliquæ servitutes tam personarum, quam rerum. 8

† Hereditas, quæ continet quod defunctus habuit cum moritur, *L. hereditas*, *infr. de reg. iur. L. nihil aliud*, *infr. de verb. sig.* cur non sit res certa, ut et patrimonium, caussa dici non potest. Huic quidem certi definitio omnino convenit: appellata enim hereditate Lucii Titii, apparet quæ res nominata sit; ea est hereditas; qualis sit, quia patrimonio inspecto constat, quibus in rebus consistat, quanta sit, quia et hoc certum est, quantum sit in patrimonio defuncti: quod nisi ita esset, nunquam constaret in ratione legis Falcidiæ ponenda, an supra dodrantem patrimonii legatum esset, et an quarta pars hereditatis remaneret apud heredem: quod tamen ex ea lege constitui oportet. §. *quantitas*, §. *cum autem*, *Inst. de leg. Falc.* 9

† Quid obligatio, et actio? an quia incorporales res sunt, ideo sunt incertæ? Imo tales, qualis stipulatio, unde nascuntur; ideo ex stipulatione certa condictio est certi, ex incerta actio incerti: *Inst. eod. in pr. L. ult. supr. si quis in ius voc.* quæ potest autem esse actio certi, nisi certa; et incerti, nisi incerta? Ut enim stipulatio certa est, quæ certum continet; sic eam actio- 10

actionem, quæ certum continet, certam esse necesse est: sic enim ista ex rebus, quæ in his insunt, æstimantur: neque vero alia intelligitur certi stipulatio in *L. scire*, *C. de cont. stipul.* quam quæ hic appellatur incerta. Tum autem quomodo ex certa stipulatione possit esse incerta actio, cum actio inde nascatur, et nihil persequatur aliud, quam quod stipulatione continetur? Quod si actio certi certa est, erit multo magis obligatio; ut quæ prius nascatur ex stipulatione, et nata deinde actionem pariat: *L. licet*, *§. ea obligatio*, *supr. mand.* absurdum sit autem, ut incerta obligatio pariat actionem certam. Videamus de servitutibus: hæ aut personarum sunt, ut ususfructus, usus, habitatio; aut rerum seu prædiorum, ut iter, actus, via, et similes. *L. 1. supr. de ser. Instit. de serv.*
11 *præd.* † Prædiorum servitutes, ut iter, viam, si quis stipuletur sibi dari, seu constitui per certum fundum, et certam regionem eius fundi, certæ res sunt non minus, quam fundus ipse et locus, per quem constituuntur. Nam ex nomine servitutis, quid; ex designatione speciei, qualem; ex designatione loci quantam stipulemur, apparet. Quod si res quæque ex suo pretio æstimatur, ut res hereditariæ circa legem Falcidiam; *L. pretia*, *supr. ad leg. Falc.* non potest ea res esse incerta, cuius æstimatio certa est. Habent autem servitutes prædiorum ita designatæ unam et certam æstimationem; non quidem omnibus, sed peritis earum rerum æstimatoribus, qui sciant, tales et tales servitutes his locis, atque hac longitudine, et latitudine locorum constitutæ quanti omnibus valeant; nec propter periculum incertum amissionis fit difficilis aut incerta æstimatio: quoniam hæ servitutes semel constitutæ sunt perpetuæ, non ut ususfructus, temporalis. Non me movet, quod servitute quamvis per certam regionem fundi, et ad certum modum promissa non apparet oculis, nec percipitur sensibus, quod hic stipulamur, quid, quale, quantumve sit; satis est, si animo percipitur, quod natura ipsarum rerum exigit; sunt enim incorporales: quæ proinde nec cerni, nec tangi possunt: *d. tit. de reb. corp. et inc.* ut necesse sit, si quid sunt, si quid in se habent, id totum cerni animo, et solo animo æstimari. Unde dicuntur huiusmodi res consistere in iure, idest, iuris intellectu. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod servitutes non sunt prius, quam constituantur; non sunt enim re vera, ac ne tunc quidem, cum sunt constitutæ; sed non eo minus concipiuntur cogitatione, et quasi iam essent, ita esse intelliguntur, paratæ ad dandum non minus, quam si de rebus corporalibus ageretur. Unde et dicuntur servitutes dari, cum constituuntur. *L. si unus*, *supr. de ser. rust. pr. L. 3. §. dare*, *supr. de usufr.* quod non fieret, nisi et ante res esse intelligerentur; neque enim dari potest, quod non est, nisi forte expendamus, ut constituantur, ac sic deinde dentur, quod est absurdum. Non sunt in eadem caussa personarum servitutes, ut ususfructus. † De 12
quo aperte scribit Ulpianus, si quis hunc quamvis certi fundi stipuletur, incertum intelligi in obligationem deduxisse. *L. ubi*, *§. 1.* An quod ususfructus non est corpus; non est res quæ oculis aut sensu percipiatur? exempla hereditatis, obligationis, actionis, et servitutum prædiorum, quas res certas esse ante ostendimus, nihil huiusmodi esse satis probant. Sed æstimatur ususfructus ex fructibus, et perceptionis diuturnitate. Fructuum quantitas incerta: incertum enim, quantum quoque anno nascatur; sed perceptionis modus incertior: finitur enim ususfructus inter cætera morte et capitis deminutione, rebus plane incertis. *§. ult. Inst. de usufr.* qua ex re fit, ut hoc quoque incertum sit, quantus in posterum futurus sit ususfructus: quo enim erit diuturnior, eo et maiorem esse necesse est; et quo brevior, eo minorem. Qua ratione et pecuniæ, cæterarumque rerum quæ usu consumuntur: usumfructum non minus incertum esse dixeris, quod quidam negant: nam et hic similiter finitur morte fructuarii, et capitis deminutione. *L. si vini*, *supr. de usuf. ear. rer.* Itaque quod Papinianus in L. *tribus*, *supr. de usufr. ear. rer.* scribit usufructu quindecim millium legato *legatum esse velut certi*; et natura rei, et verbis Papiniani satis admonemur sic locum accipiendum esse, ut verba significant; esse quidem legatum hoc velut certi, quia summa hæc tota quindecim millium, quam certam esse constat, ab initio petatur, eiusque etiam proprietas transferatur. *d. L. si vini*, *eod.* Sed velut certi, inquam; re autem vera certi non esse ob eam caussam, quam dixi. Nec multum ad rem facit, quod pecunia certa petitur ab initio, eiusque proprietas transferri debet: animadverti enim debuit peti eam et transferri non simpliciter, sed ususfructus nomine: ac propterea adiici hanc cautionem, ut quandoque is, cui ususfructus legatus est, mortuus aut capite minutus erit, eiusdem qualitatis et bonitatis res restituatur. *d. L. si vini.* Hæc vero adiectio, at-

atque hic translatæ pecuniæ modus non aliter incertam facit quantitatem ususfructus, quam si fundi aut aliarum rerum ususfructus esset legatus. Quid, si hoc modo proprietate pecuniæ translata, proprie ipsa nec transferri intelligitur? transfertur enim hac conditione, ut si vel post unam horam decedat fructuarius, statim pecunia restituatur; quoties autem sic dantur nummi ut recipiantur, toties nec alienari videntur. *L. qui sic, infr. de sol.* Sed sive hic non transfertur pecuniæ proprietas, sive vere transfertur, semper illud tenebimus ususfructus nomine transferri: denique in hac translatione nihil contineri in summa, nisi usumfructum; qui propterea ut cæterarum rerum ususfructus finiatur morte, et capitis deminutione fructuarii, vel hoc unum nomen ususfructus, eiusque conditio, satis eius incertam quantitatem esse ostendit. Proinde qui usufructu pecuniæ legato aut promisso, in eo proprietatis translationem, quæ fit ab initio, solum spectant, neque quo nomine, qua lege, quousque transferatur, considerant, ideoque his prætermissis rem certam hic contineri dicunt; hi, ut dicam mollissime, qua de re agatur, parum vident; qui autem eo etiam progrediuntur, ut quibusdam aliis dissentientibus doctis tamen viris contumeliose insultent, valde in se ipsos iniurii sunt: illis enim obiicientes in hac re nimiam cæcitatem, sibi ad suæ excusationem apud
13 æquos Iudices nullum relinquunt locum. † Si ususfructus propter incertum reditum singulorum annorum, et quia incertum est, quandiu duret, incertus; erit et usus incertus, et habitatio ob easdem caussas, aut similes. Res corporales, quæ in stipulatum deducuntur, aut futuræ sunt, ut dixi, ut fructus, et quod ex ancilla nascetur, aut præsentes, et quæ iam sunt in re-
14 rum natura. † Futuræ, quia ex incerto eventu naturæ pendent, omnes natura incertæ. L. *ubi*, §. *illud.* Fructibus similes sunt usuræ: non solum quia vicem fructuum obtinent; *L. usuræ, supr. de usur.* sed etiam, quod proprie ad hunc locum pertinet, quia earum præstatio pendet ex cessatione sortis: quæ si statim solvitur, non debentur usuræ, et omnino nullæ sunt: si non solvitur; ut erit cessatio sortis, ita erit usurarum modus. Ideo qui usuras stipulatur quascunque eum stipulari incertum Ulpianus ait *L. ubi*, §. *penult.* ubi usuras sine dubio intelligit eas, quarum summa certa exprimatur: quia hac non adiecta nulla sit stipulatio. L. *ita stipulatus. infr. eod.* L. *quod in stipulatione, supr. de usur.* quascunque, id est, cuiuscunque sint generis, sive trientes, sive semisses, sive besses, sive centesimæ: dum tamen sint legitimæ: nam ultra modum lege constitutum nullas usuras stipulari licet. L. *eos*, *C. de usur.* L. *placuit*, *supr. eod. de usur.* Illud hoc loco monendi sumus, quod fructuum et usurarum stipulationem incertæ rei et incertam esse dicimus, non eo pertinere, ut natis postea fructibus, et commissa stipulatione usurarum ob sortem non solutam, sic deinde fructus nati, et usura debita actione ex stipulatu, seu actione incerti peti possint: sed solum ut intelligamus ab initio et per id tempus, quo hæc nondum exstiterunt; incerta hæc esse, ac proinde incertam stipulationem; cæterum si de condictione quæritur, ex hoc genere stipulationum nulla alia potest esse actio, quam condictio certi. Nam ut in §. *illud*, Bartolus recte scribit de fructibus ex sententia Iacobi Aretini, ante quam fructus nascantur, ex stipulatione in quam fructus, qui nascentur, deducti sunt, agi omnino non potest: postquam nati sunt, statim cœperunt certi esse natura; quo fit, ut condictione certi peti possint et debeant: si quidem condictio certi competit ex omni contractu etiam qui ab initio incertus sit, ex quo certum petatur. *L. certi, supr. si cer. pet.* Et cur dubitemus id affirmare de usuris? certi enim iuris est omnem pœnæ stipulationem certam esse: *L. si pœnam, supr. eod.* eoque et certi condictionem hinc nasci. *Inst. eod. in pr.* constat autem usuram omnem esse pœnam; quæ ob non solutam sortem infligatur: etsi non omnis pœna est usura: sic usura appellatur in *L. lecta, supr. si cer. pet.* Sed hæc obiter dicta sint de condictione certi ex stipulatione fructuum et usurarum, ne quia dicuntur incertæ hæ stipulationes, ideo quis colligi putet etiam ex his competere certi condictionem contra definitionem. *L. certi, supr. si cert. pet.* nam quæstio ipsa ad definitionem *L. certi*, pertinet: ubi cum a nobis sit exposita, lectorem ad eum locum reiiciemus. Quæret aliquis; cui igitur bono dici stipulationes fructuum et usurarum ab initio esse incertos contractus, si nihilominus ex his agitur tanquam ex contractibus certis condictione certi? Non sane, ut Bartolus putavit, ut intelligamus has stipulationes dilationem natura habere, quod esset præposterum (non enim ideo habent, quia sunt incertæ: alioqui ususfructus stipulatio, et disiunctiva dilationem haberent; sunt enim et hæ incertæ: sed ideo sunt incertæ, quia dilationem habent ex eventu pendentem) sed illud intelligi huc spectat,
ut

ut sciatur, quid sit illud, quod in definitione certi condictionis dicitur, hanc competere ex omni caussa, ex qua certum petitur, etsi petatur ex incerto contractu. *d. L. certi, supr. si cert. pet.* harum enim stipulationum exemplis declaratur, qui sint illi incerti contractus, ex quibus nihilominus
15 certum petitur. † Corporales res quæ iam sunt in rerum natura, omnes natura sua certæ sunt: nam si sunt, etiam alicubi sint, certoque ac definito loco contineantur, necesse est: quicquid autem certo loco continetur, id ut definitum, ita et natura certum est. *L. plane*, §. *sed si non*, *L. cum res*. §. 1. *supr. de leg.* 1. Parumque retulerit, an apud nos incertum sit, necne, ubi sit res quæque: non enim eo minus quid certum est natura, quia apud nos incertum est, §. *conditiones*, *Inst. eod.* Hactenus quæ res natura sua certæ sint, aut incertæ, diximus: qua ex cognitione hoc iam assequimur, ut si quæ res ex superioribus incertæ deprehensæ sunt, continuo sciamus et stipulationem esse incertam, omissa omni alia quæstione de genere pronunciationis. Quod si certa res sit in stipulatum deducta; nondum quid hic certi sit, aut incerti, tenemus: restat enim adhuc pronunciatio, quæ nisi et ipsa rem certam ostendet, æque apud nos eadem rei
16 et stipulationis incertitudo manebit. † Superest igitur, ut de pronunciatione ac designatione rei, quæ certa sit, aut incerta, ut est propositum, videamus. Et ut pronunciatione sola appareat aut non appareat, quid, quale, quantumve sit, quod in obligationem deducitur, aliter efficitur in iis rebus, quæ ex sua specie æstimantur, ut est fundus, homo, statua; aliter in iis, quæ quantitate, idest, pondere, numero, mensurave constant, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Quæ res ex sua specie, non quantitate æstimantur, in his sic pronunciatio rem certam exprimit, si et species, idest, res certo loco comprehensa demonstratur, et præterea ita deducitur in obligationem, ut iuxta stipulationem sola peti possit etiam invito promissore; si quid contra fit, quæ in re natura incerta incertitudo futura esset, eadem et hic relinquetur. Id autem duobus modis contingit, si vel aliquid stipulemur generaliter, ut hominem dari, vel res plures disiunctim electione nobis non recepta, ut Stichum aut Pamphilum. Etsi enim et illic res una ex genere promittitur, quæ cum dabitur, non potest esse, nisi certa; et hic species etiam rerum aperte designantur: fit tamen pariter utroque modo, ut ex pluribus rebus ea debeatur, quam promissor elegerit: quam autem is electurus sit, ex pronunciatione incertum est; nec parum interest, quam eligat propter diversam singularum rerum æstimationem: hinc utrumque genus stipulationis Ulpiano in-
certum. † *Qui hominem*, inquit, *generali-* 17
ter sibi stipulatur, *incertum deducit in obligationem.* L. ubi. *in pr.* An quod genus cogitatione percipitur; non cernitur? Minime: hoc enim cum aliqua probabilitate dici posset, si generis nomine idea et comprehensio universarum specierum in stipulatione generis significaretur; sed errat, si quis, cum homo promittitur generaliter, aliud promitti putat, quam unum aliquem hominem corpore et numero ut constantem, ita et distinctum a cæteris, ut docui ad L. *in stipulationibus*, *supr.* Hic homo si videtur, percipitur sensibus non cogitatione: si non videtur, quia de eo nondum promissor apud se constituit, ne cogitatione quidem percipi potest, qualis is aut quantus futurus sit, cum ex promissoris destinatione, idest, incerto eventu pendeat. Tum autem non si hominis promissi appellatione contineretur res incorporalis, quæ cerni, aut tangi non posset; ideo tamen consequens foret rem esse incertam: nam et res incorporales natura sua certas esse posse supra ostendimus. Postremo cum Stichum aut Pamphilum stipulor, designantur res corporales, ambæ subiectæ sensibus; incertum tamen in stipulationem deducitur: ex quo apparet certæ aut incertæ rei discrimen non esse positum in eo, quod quædam percipiuntur cogitatione, quædam sensibus. Quid ergo est? cum quid generaliter stipulor, electio est promissoris, quid det ex eo genere. §. *præterea si quis*, *Instit. de act.* Hæc electio incertum facit, non quid detur, hominem enim datum iri, certe dari oportere certum est: sed qualis homo futurus sit, aut quantus, qui postea dabitur. Et qui illud aut illud stipulatur, incertum intelligitur stipulari: *L. ubi*, §. *qui illud*, eadem plane ratione; nam et hic electio est debitoris. §. *huic autem*, *Inst. de act.* Sane si quis ita stipuletur, Stichum aut Pamphilum dabis, utrum ego velim: electione nimirum nominatim sibi constituta; recte dicitur stipulationem certum continere. *d.* §. *qui illud.* Etsi enim non est certum, quid postea velit stipulator, et potest, cum semel voluerit, voluntatem mutare ante litem contestatam: *L. si quis stipulatus.* 112. *infr.* tamen est in potestate eius certum ef-
ficere, quod velit petendo consequi: id 18
enim petetur, quod volet. † Si his modis duo-

duobus pronunciatio rem incertam facit in iis rebus, quæ quantitate non constant; licet iam intelligere verum esse, quod de certitudine pronunciationis in hoc genere posuimus; certitudinem hanc duabus rebus constare; si et species ipsa demonstretur, et ita deducatur in obligationem, ut sola possit peti, si stipulator volet. Adiiciemus, id ita fieri, si aut res una in stipulationem deducatur, aut plures coniunctim: aut disiunctim illæ quidem, sed electione nominatim recepta stipulatori: hinc illa stipulatio certi, fundum Tusculanum dari; L. *ubi*, §. *ult.* quia hic et species certo demonstrata: et ea una in stipulatum deducitur.
19 † Solum videndum est, quomodo species aliqua demonstretur. Demonstratur vero aut nomine proprio, ut Stichus, aut adiectione earum circumstantiarum, quæ in eam rem solum cadant, quæ adiectio vice nominis fungitur, veluti, servus tuus, quem a Titio emisti, cum promissor unum tantum a Titio emptum haberet; *L. certum*, *si cert. pet.* aut demonstratione certæ rei, locive, in quo res aliqua contineatur: certam enim et definitam rem esse oportet, quæ certo et circumscripto loco continetur: unde hæ stipulationes, rei certæ stipulationes sunt; pecuniam, quæ est in illa arca; vinum, quod est in illa cella; frumentum, quod est in illo horreo, mihi dare spondes. L. *ubi*, §. *illud*, hic. *L. cum res*, §. 1. *supr. de leg.* 1. Nec dissimiles sunt illæ, quod mihi Seius debet, dare spondes? item, quod ex testamento mihi debes, dare spondes? Si modo Seius certum debeat, vel ex testamento certum debeatur. Etsi enim Ulpianus in *L. ubi*, §. *qui vero*, initio §. ita scribit in utraque caussa incertum in obligationem deduci: tamen id statim corrigit postea: *quamvis*, inquit, *istæ species vix separari possint ab ea*, *quam proposuimus de vino*, *vel oleo*, *vel tritico*, *quod in horreo repositum est*: idque argumento confirmat. Et recte: supra scriptis enim stipulationibus nihil aliud intelligitur promitti, quam quod obligatione Seii, quod testamento continetur: quæ res non minus certæ sunt, nec minus certo ea quæ continent, ostendunt, quam arca, aut horreum, quibus continetur pecunia aut frumentum. Atque hoc modo res quantitate non constantes pronunciatione certæ fiunt.
20 † In quantitate, idest, his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ita exprimendis, ut appareat in his quid, quale, quantumve promissum sit, speciem rei, ut supra, dicere non convenit: alioqui non quantitas promittatur, sed certum corpus et species: qua promissa nihil neque de quantitate, neque de qualitate exprimere oportet, quod tamen hic exigitur in *L. stipulationum*, *et L. ubi*, *in princ.* ut, si quis stipuletur pecuniam, quæ est in illa arca; vinum, quod est in illo dolio, speciem dixit, non rem numero, aut mensura constantem. *d.* L. *cum res*, §. 1. *L. plane*, §. *sed si non*, *supr. de leg.* 1. Nec ut dixi adiicere oportet, quam pecuniam, quod vinum, aut quantum: quoniam utrumque certi corporis, et certi loci designatio ostendit. Non solum ergo in his genus dicere est satis, sed etiam exprimi oportet, si modo quantitatem promitti volumus, ut dicamus decem aureos, ubicunque sint, vini amphoras tot, ubicunque illæ sint. Sed ad certam designationem rei accedere oportet hæc duo, certam qualitatem, et certam quantitatem eius rei, quæ in stipulatum deducitur. *d. L. stipulationum. et L. ubi. in pr.* Quantitas certa nota est, ut aurei decem, vini amphoræ centum, decem modii frumenti. Qualitas certa non item: hæc aliter æstimatur in nummis, aliter in vino, frumento, et cæteris similibus. Qualitas nummorum est eorum æstimatio: hæc in unoquoque genere nummorum certa est, habet enim unaquæque species nummi suam notam, ex qua pro genere monetæ vel aureæ, vel argenteæ, vel æreæ æstimatio cuiusque discernitur, eaque nota et æstimatio publica est, ne liceat de ea dubitare ac pro æstimatione etiam nomen habet. Ita qui decem aureos nummos stipulatur, certum stipulatur: *L. stipulationum* quia ad nummorum, id est, generis incertitudinem addit aureos, quo verbo certæ notæ et æstimationis moneta significatur; addit decem, id est, certam quantitatem. Vini, olei, tritici, et similium qualitas est bonitas earum rerum, secundum quam tanti aut tanti æstimantur. Hæc varia est pro regionibus et locis, ac sæpe in iisdem locis aliæ aliis meliores nascuntur: in hac varietate nulla nota cuique speciei publice addita est, nullum nomen additum, quo æstimatio significetur; ac nec potest, cum earum rerum bonitas natura constet, non hominum instituto; eoque hominibus sit incerta. Cum ergo desinit cætera, visum est sic certam earum rerum bonitatem exprimi, ut dicatur regio, in qua id nascatur, quod stipulamur, et adiiciatur bonitas, quæ sit summa: ut exempli gratia in tritico ita concipiatur certa stipulatio; tritici Africi optimi modios centum dabis? in vino ita, vini Campani optimi amphoras centum dabis? *L. stipulationum.*

Nam

Nam si quis bonum tantum dicat; incertum dicit, cum bono possit esse melius: at optimo nihil potest. *L. ubi, in princip.* Sed quæcunque in his qualitatis et quantitatis certitudo fuerit, nihil tamen promittitur in omnibus, nisi genus: decem enim aureis promissis, non promittuntur decem, quæ sunt in loculis aut bonis debitoris; sed decem, quoscunque aut undecunque habiturus est debitor postea: et cum decem petentur, eodem modo petentur in genere: nimirum uti in stipulatum deducti sunt. *d. §. huic autem, in fin. Inst. de act.* Idemque in vino, oleo, tritico dicendum est, etsi quis decem dolia vini Campani optimi stipulatus sit; tritici Africi optimi
21 modios centum. † Qui fit igitur, ut in iis corporibus, quæ quantitate non constant, cum promittitur quid generaliter, incerta stipulatio sit: cum autem promittuntur res pondere, numero, mensurave constantes, quamvis generalis sit appellatio et stipulatio earum rerum, tamen placeat stipulationem non esse incertam? quia in cæteris rebus sunt aliæ species alii meliores aut deteriores: ac proinde singulæ aliæ sunt ab aliis: Quo fit, ut cui incertum est, quam speciem ex eo genere consecuturus sit, huic etiam una sit incertum, si non quid, at certe quale et quantum consequatur; ut autem incertum sit: quæ species præstetur, facit stipulatio generalis propter electionem dandi promissori constitutam, ut ante diximus. In quantitatibus autem singulæ species eiusdem generis etsi numero diversæ, vi tamen ipsa et potestate eædem sunt cum aliis: quia in pari quantitate et bonitate eiusdem generis singulæ idem præstant: *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet.* ut conseques sit, si cui una ex his promissa sit sub electione promissoris, ut fit in generali stipulatione, nihil tamen stipulatori obstare hanc electionem, quominus semper certum sit, quid consequatur: quoniam quidquid daturus est promissor, id semper utilitate u-
22 num et idem futurum sit. † Et tamen si substantiam rerum spectemus et numerum singularum, quo distinguuntur alia corpora ab aliis, negari non potest, quin promittatur res incerta, cum indefinite promittitur pecunia, oleum, vinum, frumentum, aut aliæ res eiusdem generis, etiam si hic certæ quantitatis et qualitatis res promissæ sint: decem enim aureis promissis, ut dixi, non hi aut illi promittuntur, sed decem in genere, ubicunque sint, et quicunque dentur postea: idemque decem modiis tritici, decem amphoris vini promissis, dicendum est. Sed et quicunque aurei dabuntur quandoque, certum est eos substantia et numero alios futuros ab iis omnibus, qui restant in rerum natura. Ac ne in istis rebus incertis appellandis magis ratione aliqua nostra niti videamur, quam re ipsa aut auctoritate iuris auctorum: sciendum est et eas a iuris auctoribus aperte, incertas dici, ut in *L. in ratione, §. incertæ. supr. ad leg. Fal.* Neque id sine re; ne quis hanc appellationem condemnandam putet, cum de effectu rei quæritur; hac enim de causa accidit, ut quamvis res hereditariæ omnes, aut debitoris heredis perierint, tamen non eo minus debeatur pecunia, aut vinum, quod generaliter, ac non certo loco comprehensum legatum fuerit, *d. L. in ratione, §. verum est, et §. incertæ*: scilicet quia res certæ legatæ non sint, ut rebus hereditariis et heredis amissis, dici possit eas quæ legatæ sunt, amissas esse: in quam sententiam et illud de omni summa pecuniæ debita dictum est, incendium ære alieno non exuere debitorem. *L. incendium, C. si cer. pet.* Quid causæ est igitur, cur non putetur falsum esse, quod eiusmodi res dicuntur hoc loco incertæ? quia incertitudo ista, quæ dicitur esse in his rebus, ad incertitudinem solum, ut dixi, substantiæ, et eius loci, in quo illæ sunt, pertinet: at hæc cum de utilitate stipulatoris quæritur, rem incertam non facit, utilitas enim in omnibus eiusdem generis, et bonitatis corporibus una est: secundum quam et quantitas promissa recte dicatur certa; et cum ipsa petetur, certum peti; proinde et hinc esse etiam certi condictio.

Ad §. Hæc stipulatio fundum Tusculanum dari. L. ubi.

Hæc stipulatio, *fundum Tusculanum dari*? ostendit se certi esse: continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc fundum dari est certa.*
2. *Stipulatio fundum tradi, cur incerta.*
3. *Ex stipulatione, Rem dari, vacuamque possessionem, tradi, cur fructus petantur actione incerti.*

1 HÆC stipulatio fundum dari, ostendit se certi esse, ait Ulpianus: nempe quia in stipulatum deducitur res aperte certa natura: quæ et suo nomine demonstratur, id est, fundus Tusculanus *L. prox.*
2 *supr.* † Sed cur non dicatur ista ratione certi esse et illa stipulatio, fundum tradi? quam tamen ut in faciendo positam incertam esse paulo ante scripserat, §. *qui id quod.* Differentiæ ratio est, quia in hanc stipulationem, fundum dari, ipse fundus venit, quem certum esse iam diximus: in stipulationem autem fundum tradi, non fundus venit, sed id quod interest fundum ita tradi: hoc autem incertum, quod et iam supra attigi ad *L. stipulationes*, *ver. Celsus*, *supr. eod.* ubi pluribus etiam rationis rationem exposui. † Quod in *L.* 4. 3
supr. de usur. scriptum est ex hac stipulatione, rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba stipulatorem consecuturum, nihil adversatur huic loco; incerti enim actio, quæ illic datur, diserte datur propter inferiora verba, idest; ex illa parte stipulationis, quæ continet vacuam possessionem tradi. Quod si ex ea stipulatione in id agetur, ut res detur, quod prior pars continet, haud dubie certi agendum erit, ut hic stipulationem certi esse scriptum est, non incerti.

Ad L. Si stipulatus fuerim. 76.

Paulus lib. XVIII. *ad Edictum.*

Si stipulatus fuerim *illud aut illud*, *quod ego voluero*: hæc electio personalis est: et ideo servo vel filio talis electio cohæret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.

SUMMARIA.

1. *In disiunctivis electio quandoque stipulatoris est, si videlicet nominatim sibi eam exceperit.*
2. *Electio quam stipulator sibi constituit, personalis sit.*
3. *In libero homine et sui iuris, an aliud in electione, quam in his qui in potestate constituti sunt, receptum sit.*
4. *Electione morte stipulatoris extincta, obligatio sola sine eligendi potestate ad heredes transit.*
5. L. Si sic legatum, §. ult. supr. de leg. 1. *explicatur.*

1 ETiam ex illa stipulatione; illud aut illud dari, stipulatoris quandoque electio est; sed ita demum, si is nominatim electionem sibi receperit, ut diceret, illud aut illud, quod voluero, vel utrum ego velim, dare spondes? *L. ubi*, §. *qui illud.*
2 *supr. L. si quis stipulatus*, *infr. eod.* † Hanc electionem si quando sibi constituat stipulator, quousque ea progrediatur, et ad quos pertineat, quæsitum est; idest; sitne eiusmodi, quæ personæ stipulantis cohæreat, ut et ipse eligere possit, utrum velit, ac præter eum possit nemo: an vero transeat ad alios, puta heredes, et eos quorum in potestate est: qui stipulatur, ut res cæteræ, quæ per alios nobis acquiruntur: de quo cavetur hoc loco: personalem esse hanc electionem videlicet, sive homo liber stipuletur, et qui sui iuris est, sive servus aut filiusfamilias et in summa de tota stipulatione hæc huius loci sententia est. Obligationem quidem, quæ hinc nascatur, personalem non esse, sed transire in heredes etiam mortuo ante, quam eligat stipulatore: at eligendi potestatem esse personalem etiam in eo qui sit sui iuris, proinde eiusmodi quæ nec ad heredes transeat: quo iure habetur id omne, quod personale est. *L. quia tale*, *supr. sol. mat. L. non solum*, §. *tale*, *supr. de lib. leg.* Huic rei consequens esse, ut si servus, vel filius illud aut illud stipulati sint, utrum ipsi velint, recte dicatur talem electionem eorum personæ cohærere, idest, ut explicatur in *L. ult. in princ. infr. eod.* ipsos, non dominum aut patrem de alterutra re destinare debere. Merito: non enim potest hæc electio in homine sui iuris esse personalis, quin talis sit in persona servi et filiifamilias, quandoquidem iisdem verbis servus et filius hanc electionem sibi constituunt. Ac quod de electione a servo, vel filio ipsis recepta dicitur hanc personæ cohærere, ita diserte scriptum est hoc loco, et in *L. ult. infr.* ut sit extra controversiam.
† An etiam in homine libero et sui iuris 3
hæc electio sit personalis, et an id Paulus hic dicat, videndum est; negant enim alii moti his verbis responsi, *in heredes tamen transit obligatio*, *et ante electionem* *mor-*

mortuo stipulatore: sed præcipue *L. si sic legatum*, §. *ult. supr. de leg.* 1. ubi si is qui stipulatus est illud aut illud, utrum velit, leget quod sibi debetur, placet electionem etiam in legatarium transire: prius autem in heredem, ut qui actionem legatario in eam rem, ut petat, utrum velit, cedere debeat. Et de eo loco postea. Prius de eo, qui proponitur, deque ipsa re, quam hic statui dicimus, videamus. Ego autem de hoc loco sic sentio, hic Paulum de homine qui sui iuris sit, loqui initio, huncque esse, in quo dicat hanc electionem personalem esse; atque hoc quod ita dixit: non modo eum non corrigere postea, sed etiam magis confirmare. Perspicuum hoc quidem est ex verbis; sic enim scribit: *si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, hæc electio personalis est.* Nam si sola hæc verba spectamus, ut minimum sententia generalis erit ad omnem stipulatorem pertinens; ut saltem generalitate sententiæ etiam is, qui sui iuris est, contineatur. Quod si considerabimus etiam, quæ sequuntur, intelligemus eam definitionem ad Paulum ipsum, qui loquitur, et sub persona eius ad eum solum, qui itidem sui iuris sit, pertinere. Primum sub persona sua de eo loquitur, quem aperte distinguit postea a servo et filiofamil. subiicit enim; et *ideo servo vel filio talis electio cohæret.* Deinde hoc ipsum, quod subiicit de servo vel filio, apparet eum inferre ex præcedentibus, ait enim, *et ideo.* Inepte, si de servo et filio prius senserat; perinde enim hoc erit, ac si ita dixisset, si stipulatus fuerit servus vel filius illud aut illud, quod ipse voluerit, hæc electio personalis est; et ideo in servo, vel filio personalis est, ut sic idem ex eodem colligat. Nam personale esse, et personæ cohærere idem valent. *L. non solum*, §. *tale*, *sup. de lib. leg. L. quia tale*, *supr. sol. mat. iuncta*, *L.* 3. *in fin. quib. mod. us. am.* Sed fortasse quod hic dixerat Paulus, id corrigit postea, et in servo aut filio solum locum habere ostendit: id enim quibusdam placet. Atqui verba evidenter reclamant: nam si id temperamentum vellet Paulus intelligi, non ita dicendum fuit: si quis ita stipulatus fuerit, illud aut illud, quod ego voluero, hæc electio personalis est: sed ita; si servus aut filius eo modo stipulati sint, servo enim vel filio solum talis electio cohæret. Denique ad correctionem præcedentium particula aliqua adversante interveniente opus fuit: nunc autem manente priore sententia illatio subiectà est his versis: *et ideo servo vel filio talis electio cohæret*: quæ illatio tantum abest, ut quidquam mutet de præcedente definitione, ut eam maxime confirmet: non enim potuit nisi ea prius manente et bene constituta quidquam ex ea colligi. Huc accedit, quod non potuit esse correctio, nisi in iisdem personis corrigatur, quod prius de iis dictum fuerat; at propositio est de auctore, qui loquitur, et sub persona eius de homine sui iuris. Quod sequitur, de servo et filio, propositio concipitur sub prima persona, si stipulatus fuerim. Quod sequitur, sub tertia persona, *servo vel filio talis electio cohæret*; cum ita debuisset dici, si tamen ego qui stipulatus sum, servus sim aut filius. Hæc igitur alia est sententia, nec ad priorem ullo modo pertinet. Atque hæc verborum Pauli manifesta sententia est. Quod si omissis eius verbis de re ipsa quæritur; reperietur nihil esse verius, quam in homine etiam libero et sui iuris hanc electionem exceptam, *quod ego voluero*, personalem esse, nec transire ad heredes. Hoc amplius, his concessis de quibus convenit in servo et filio, hoc idem in aliis qui sui iuris sunt, statui necesse esse. Hæc electio nihil nisi voluntas est personæ, eaque nuda, aperte his verbis expressa, *quod ego voluero*, vel, *utrum ego velim.* Convenit inter omnes voluntatem morte finiri: unde locationem ita contractam, quoad locator vellet, placuit morte eius tolli. *L.* 4. *sup. loc.* Scilicet, quia morte sua velle desiisset, nec volendi potestas, quæ esset personalis, ad heredem transiret. Proinde et hæc ipsa voluntas, seu volendi potestas a stipulatore excepta huius ipsius morte finietur. Iam quæ hic voluntas est, aut quomodo expressa? hoc modo, *quod ego voluero.* Hæc adiectio conditionem habet, si ego voluero: similiter ut illis verbis, *Stichus qui meus erit*, *cum moriar*, inest hæc conditio, si meus erit, cum moriar. *L.* 6. *supr. de leg.* 1. et illis, *cuius nomen codicillis scripsero*, hoc exprimitur, si cuius nomen scripsero. *L. institutio*, *supr. de cond. inf.* Constat autem hanc conditionem legatario, idest, creditori adscriptam, si voluerit, personæ eius cohærere, ut nisi vivus constituerit, morte eius conditio deficiat; *L. si ita expressum*, *supr. de cond. et dem.* quare et in eadem conditione stipulatori iniecta idem dicendum est. Nam cur hac conditione adiecta aliud in stipulatore statuatur, quam in legatario, si ambo vivi nihil constituerint, ratio reddi non potest, ut docuimus ad *L. qui Romæ*, §. *Agerius*, *infr. eod.* Et vero cur placeat electionem, seu potestatem volendi his verbis expressam, *quod ego* vo-

voluero, esse personalem, consideremus; ita etiam minus mirum erit, cur personalem esse dicamus. Nempe ideo personalis est, quia nemo unquam dixerit voluntatem alterius, etiam heredis in eligendo eandem futuram esse, quæ foret stipulatoris; cum fieri possit, ut una res videatur heredi esse utilis, quæ non videretur stipulatori; et ut non videatur utilis, tamen illi magis placeat hanc habere, ut sunt variæ hominum voluntates, varia iudicia; vereque dictum est illud.

Velle suum cuique est, nec voto vivitur uno.

Quod si hæc satis non sunt: conferamus iam exemplum servi, et filii, de quibus hic diserte scriptum est; vel hoc unum ad omnem controversiam dirimendam sufficiet. Convenit servo vel filio illud aut illud stipulantibus, quod ipsi voluerint, talem electionem personalem esse, seu personæ eorum cohærere: etsi concederemus hoc solum hic scriptum esse, ut scriptum est in L. *ult. infr.* tamen continuo efficeretur eiusmodi electionem etiam in libero, et eo qui sui iuris sit stipulatore, esse personalem: et quemadmodum a servo non transiret ad dominum; sic nec a defuncto transire ad heredes. Cur enim in servo hæc electio personalis est? utrum quia talis est natura sua, an quia persona servi, in quam incidit, talem facit? quia talis est natura haud dubie, non autem propter personam servi. Tantum enim abest, ut quæ servus acquisivit, ea propter conditionem servilem in persona eius subsideant, ut contra si quid natura sua transire potest ad alios, id in servi persona subsistere non possit, ne momento quidem. *L. placet, supra, de acquiren. her.* Quod si hæc electio natura sua personalis est, erit omnino et tunc personalis cum in persona eius stipulatoris, qui sui iuris sit, constituta fuerit. Iam et illud sic recte colligitur: multo facilius quid a servo in dominum transit, quam a defuncto transit in heredes; et præsertim stipulatio: in quo genere quidquid stipulatur is, qui in aliena potestate est, pro eo habetur, ac si ipse qui in potestate habet, esset stipulatus: *L. quodcunque, supra eod.* et ut est apud Iustinianum, vox servi vox domini esse intelligitur in his, quæ ad alios transire possunt, §. *ei vero, et* §. *post mortem, Inst. de inutil. stipula.* Et quanquam heredis quoque eadem persona esse dicitur cum defuncto. *Novel. de iur. a mor. præs.* tamen id non statim post stipulationem a defuncto interpositam contingit, sed multo post, idque stipulatore prius mortuo, cuius deinde in locum heres successerit. Quod autem servus stipulatur, adeo videtur dominus ipse stipulari, ut illi acquiratur, non dico vivo adhuc servo, sed statim, ac nec momento subsistat apud servum; adeo ut etiam invito domino acquiratur, *d. L. placet, supra, de acquir. her. L. servus vetante, supr. eod.* Concedimus si servus illud aut illud stipuletur, utrum ipse velit, hanc electionem cohærere personæ servi, nec ad dominum transire. Quare libero homine eodem modo stipulante, multo minus talis electio transibit ad heredes. Licet etiam colligere hoc modo: si mortuo stipulatore ad heredem eius hæc electio transit, etiam huius electionis commodum per servum eodem casu acquiretur. Sic enim regula iuris est: quæ legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. *L. quæ legata, infr. de reg. iur.* Idque multo magis valet in stipulatione: cum legata conditionalia ad heredem legatarii non transeant. *L. 4. et L. 5. supr. quan. di leg. ced.* stipulatio conditionalis transeat, §. *ex conditionali, Instit. eod.* Ut autem transit, sic huius quoque commodum per servum aut filium domino patrive statim acquiritur. *L. si filiusfam. infr. eod.* At electionis de qua quærimus, commodum per servum non acquiritur domino, aut per filium patri, quia electio servo, et filio cohæret; ex quo efficitur nec eam electionem ad heredes transire, ac proinde esse personalem, et cum persona extingui. Quare cum verbis huius loci exprimatur hæc sententia etiam in stipulatore qui sit sui iuris, eam electionem de qua agitur, personalem esse; et sententia ipsa per se verissima sit; et præterea ex eo quod conceditur, necessario efficiatur: non est quod dubitemus eam hoc loco retinere, etiam si omnes dissentiant. Nihil enim ad rem pertinet, quid quis dicat, aut sentiat, sed quam vere. Magis mirari debemus in tanta multitudine interpretum neminem fuisse, qui in interpretatione huius loci de contextu ipso sibi cogitandum putaret: qui si Paulum modo attendissent, aut viderent eum sententiæ suæ adversari, et veris acquiescerent; aut si eo non moverentur, saltem hoc ipsum, cur non moverentur, dicerent, et lectorem ea dubitatione, quam locus affert, liberare conarentur; in quo tamen omnes mirum silentium agunt. Nam quod aliam esse statuerunt hanc electionem

nem

nem in servo et filio, personalem videlicet, ne ad dominum, patremve transeat; aliam in homine sui iuris; idest, non personalem, sed talem quæ transeat ad heredes; ferendum non videtur in ea re, in qua et natura electionis seu voluntatis tam aperte convincantur, et præterea tot locis, in quibus supra scriptæ personæ omnes comparantur, cum de rebus ad alios transferendis agitur. Melius Bartolus, qui vidit, et fassus est hanc sententiam exprimi hoc loco, etiam in stipulatore, qui nec servus sit, nec filiusfamilias, hanc electionem esse personalem: etiam si quæ contra dicuntur, expedire non potuerit; quod enim ait eam personalem esse vivo stipulatore; eo autem mortuo desinere esse personalem et transire ad heredes; satis se ipsum refellit. Id enim personale est, quod cum persona extinguitur, *L. quia tale*, *supr. sol. ma.* non potest autem, quod eiusmodi est, ad heredem transire. *d. L. non solum*, *§. tale*, *supr. de lib. leg. L. 3. in fin. supr.*
4 *quib. mo. us. am.* † Quid ergo sibi volunt illa verba, quæ sunt in extremo responso, *in heredes tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore*? Id ipsum, quod verba significant, obligationem nimirum transire, non item electionem, quam prius personalem esse dixerat. Quippe hac stipulatione Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dabis? duo continentur; obligatio Stichi aut Pamphili, et præterea harum rerum electio. Ipsa obligatio rerum; pura est; semper enim promittitur hæc, aut illa, sive stipulator eliget, sive non eliget: at electio, quæ stipulatori datur, est conditionalis; habet enim hanc conditionem, ut dixi, si stipulator volet: ut hic quodammodo duplex sit stipulatio, ad petitionem Stichi aut Pamphili pura; ad electionem conditionalis. Similiter ut duplex habetur illa institutio, cum ita heredes instituti sunt, ex partibus quas adscripsero; ex partibus aliquibus pura: ex partibus quas adscripsero, conditionalis, si quas adscripsero. L. 2. *supr. de her. inst.* Ergo stipulatore prius, quam eligeret, mortuo, electio exstinguitur, quia defecit eius conditio: non item finitur obligatio Stichi aut Pamphili: quia hæc detracta electione pura est, ut non possit dici huius conditionem defecisse, cum conditio nulla fuerit. Proinde etiam ut cæteræ obligationes dandi, sic ista in heredes transibit, etiam ante electionem mortuo stipulatore, ut Paulus hic scribit. Quod tamen cum dicitur, non sic accipiendum est, quasi transeat cum sua electione: transit enim; sed eligendi potestate, quæ defuncti personæ cohærebat, omissa, et iure translata in promissorem. Ita cum de obligatione respondit Paulus hanc transire in heredes, recte respondit, neque hoc ad electionem pertinet. Quid ergo attinuit, dicet aliquis, cum institutus esset sermo de electione stipulationis propositæ; sermonem iniicere de obligatione nuda, et quæ detracta electione intelligeretur? Factum hoc est, ut occurreretur tacite dubitationi, quæ ex eo, quod de electione dixerat, nasci potuit: quoniam enim electio hæc, quam quis sibi stipulando constituit, stipulationis pars est, existimare possit aliquis, quod de una parte dicitur, id ad totam stipulationem pertinere: ideoque ut electio non transit ad heredem, sic nec transire obligationem: quod secus esse Paulus admonet ad hanc sententiam: electio, inquit, personalis est ex stipulatione proposita; id tamen ad obligationem ipsam Stichi aut Pamphili producendum non est: hæc enim ad heredem transit, etiam si non transeat electio; si puta stipulator ante quam eligeret, decesserit. Nec ad rem pertinet, quod stipulatio conditionem habet, si stipulator volet: inest enim hæc conditio, si unum potius habere velit, quam alterum: ut autem ille aut ille debeatur sine electione stipulatoris, in eo conditio nulla est, ut supra dixi. † Sed obstat nobis *L. si sic legatum*, 5
§. ult. supr. de leg. 1. sic enim verba *sunt*: *si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur; tenebitur heres eius, ut præstet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit.* Hic locus est fateor, in quo decipi proclive fuit, si quis præter eum nihil spectaret in hac causa. Sed et hic locus, quem interpretamur, et natura electionis seu voluntatis, quæ excepta est, et exemplum servi et filiifam. qui hanc sibi exceperunt, admonere nos debebant considerandum esse etiam atque etiam, si quo modo fieri posset; ut superiorem illum locum tanquam scopulum in hac re vitaremus. Quod si volemus attendere reperiemus in eo ipso loco, qui obiicitur, satis esse ad dissolutionem. Observandum est enim diligenter in eo non proponi stipulatorem, qui nulla destinatione voluntatis declarata decesserit: quod si fieret, et diceretur tamen hoc mortuo electionem transire in heredem: tum haberemus certo, quod superioribus opponeremus; nunc autem proponitur stipulator is, qui quod stipulatus erat electione sibi constituta, id ipsum legavit, et legavit his ver-

verbis, quo sibi debebatur. In hoc fateor recte dici transire electionem in legatarium: neque superiori sententiæ aut potius huic loco adversatur; quod enim dicitur electionem stipulatoris, de qua agitur, personalem esse, neque transire in heredem, in eo dicitur, qui vivus non elegit, et, ut hic loquitur Paulus, qui mortuus est ante electionem. Quod si stipulator eligat prius, quam moriatur, dubium esse non debet, quin hic electionem transmittat, ad quoscunque eius stipulationis actio pervenerit; quoniam exstiterit conditio eius electionis. Sic enim verba erant, illud aut illud, quod ego voluero: stipulator autem eligendo voluit. Hoc ego evenire contendo in eo stipulatore, qui eo modo stipulatus, ut diximus, legat quod sibi debetur; debebatur enim illud aut illud cum electione: proinde hoc legando quod debebatur, una cum petitione etiam electionem obligationi adiunctam legavit: hanc legando simul ipse elegisse intelligitur. Quidnam, inquies, cum de eo nihil dixerit? nempe id quod legatarius eliget, cui hanc electionem commisit: nihil enim interest, utrum ipse stipulator eligat: an is cui stipulator eligendi negotium dedit. L. *item*, §. 1. *supr. quod cuius. uni. no.* Sed an potuit stipulator hanc electionem legatario dare? non enim videtur, cum sit personalis. Sane vero non posset, nisi prius ipse elegisset; sed iam dixi stipulatorem committendo legatario hanc electionem, hoc ipso id eum eligere videri, quod legatarius volet. Neque eo moveri oportet, quod legatarius eligit mortuo iam stipulatore: quo tempore stipulator eligere dici non potest; non enim dicimus, cum legatarius eligit, tunc stipulatorem eligere, quod certum est in mortuum cadere non posse: sed cum legatarius eligit, videri stipulatorem iam tum elegisse, cum legavit actionem: ut legatarii electio non constituat electionem stipulatoris; sed quænam illa fuerit ab initio, declaret. Similiter ut accidit, cum quis testamento ita heredem instituit; quem mihi heredem codicillis scripsero, heres esto; quemcunque enim heredem scripserit codicillis postea, is heres erit. At enim codicillis hereditas dari non potest. Recte hoc obiiceretur, si quidem hic heres codicillis scriptus esset: sed constanter placuit, quoscunque postea scripserit testator in codicillis, hos retro versus videri eum scripsisse: non codicillis, sed testamento tunc, cum instituebat, quem postea alibi scripsisset: ut scriptura codicillorum non faciat heredem, sed eum, qui scriptus erat nec appellatus, demonstret. *L. institutio, supr. de cond. inst. L. asse, supr. de her. inst.* Eodem modo si testator ita scripserit, quantum codicillis Titio legavero; placet, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valere. *L. si ita scripsero, supr. de cond. inst.* Et generaliter probandum est, quoties dicimus aut scribimus nos id velle, quod postea, aut in illo loco, aut in illa persona ostendetur, toties id iam nunc in præsentia videri nos velle et constituere, quod postea sequetur, quandocunque tandem declaratio secuta fuerit: ut et superioribus, et multis aliis argumentis iuris confirmatur. Sed enim hic etiam dici potest in *L. si sic legatum*, §. *ult.* significari in ea specie, quæ obiicitur, electionem non tantum transire in legatarium, sed etiam in heredem; placet enim heredem cedere prius actionem debere legatario, qua hic petat, quod ipse eliget; ergo actionem quam heres habuit; neque enim aliter posset eam præstare: in hunc tamen defunctus eam electionem non contulit. Unde colligi videtur etiam sine destinatione seu electione stipulatoris electionem in heredem transire. Mendose colligitur; non enim si stipulator non constituit, ut heres eligeret, ideo electio eius non præcessit; destinavit stipulator vivus, quid peti vellet, cum id elegit et legavit, quod legatarius constitueret. Quod satis est, ut ea electio, de qua agitur, ad heredem transeat sine alia aperta defuncti voluntate: transit enim ad eum non electio futura, qua ipse eligat, utrum velit, hæc enim legatario tributa est: sed electio iam ante constituta a defuncto, per quam res ab illo iam electa est, et ad rem electam quæsita actio. Hæc vero actio illa est, quæ ad heredem transfertur: non mirum, ipsa enim electio futura personalis est: res autem electione quæsita, ut ad rem electam actio, personalis esse desiit; cœpitque inter cætera bona defuncti numerari, et quæ ad heredem transeant. *L. bonorum, infr. de verb. sig.* §. *non autem, Inst. de per. et tem. act.* Ea porro res a stipulatore vivo in proposito legato electa intelligitur, quam legatarius volet, ut diximus. Ita fit, ut et heres ad eam solam petendam; quam legatarius volet, actionem habeat, quam et legatario debeat cedere, quod contingit sine fraude legatarii, cui electionem tributam volumus. Quod si proponas legatarium repudiasse legatum, heres electionem non habebit: non eam, quam defunctus voluit, quia hæc conditionem habuit, si legatarius legatum agnosceret, et inde peteret, utrum vellet: non eam, quam de-

defunctus ante legatum habuit, quia hæc fuit personalis. In summa, qui illud aut illud, utrum velit, stipulatus est, ante quam eligat, huius electio, id est eligendi potestas personalis est, et si ante decesserit, electio ad heredem non transfertur. Quod si semel elegerit, quæritur illi actio ad rem electam, quæ actio electionis præteritæ emolumentum ad heredem transit sine alia aperta translatione. Videtur autem eligere stipulator alterutrum, non solum cum aperte constituit, utrum velit ex iis, quæ promissa sunt: sed etiam cum legat, quod ex hac stipulatione sibi debetur: quamvis enim nihil aliud adiecerit; tamen ut his verbis committit legatario, ut eligat, ita hoc ipso videtur iam nunc eligere, quod postea legatarius eliget, quandocunque id secutum erit. Argumen. in *L. 1. §. item, supra, de acquiren. possess.* Quo exemplo dicemus, etsi stipulator hic vendiderit alicui, quod sibi debetur, aut ex alia caussa transtulerit hoc nomen, in eum in quem translatum est, transire electionem: quasi et hoc ipsum stipulator elegerit prius, quod is cui actiones cessæ sunt, postea eliget.

Ad §. Cum stipulamur.

Cum stipulatur quidquid te dare facere oportet, id quod præsenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur: non ut in iudiciis etiam futurum: et ideo in stipulatione adiicitur verbum, *oportebit*: vel ita, *præsens in diemve*, hoc ideo fit, quia qui stipulatur quidquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam quæ iam debetur. Quod si totam demonstrare vult, dicit, *oportebitve*: ita, *præsens*, *in diemve.*

SUMMARIA.

1. *Debitum ex aliis causis cur sæpe in stipulationem deducatur.*
2. *Præsens, in diemve debitum, quomodo commode in stipulationem deducatur.*
3. *Stipulatione hac, Quod te dare facere oportet, an obligationes in diem contractæ et futuræ contineantur.*
4. *Actionis formula hac, Aio te dare oportere, etiam futura in iudicium deducuntur, et quæ diversitatis in stipulatione et iudiciis ratio.*
5. *Stipulatio legatorum nomine interposita iudicii instar obtinet.*
6. *In iudicium futura deduci, quomodo accipiendum.*

1 QUod ex aliis caussis debetur, sæpe fit ut in stipulatum deduci velimus, vel quo nobis magis cautum sit, quam ad rem inventæ sunt stipulationes; *Inst. eod. in princip.* L. 5. *supra eod.* vel ut posteriore stipulatione noventur præcedentes obligationes; *L. 1. infra, de nov.* nec tantum ut noventur præcedentes, sed etiam ut ipsa posterior stipulatio acceptilatione tollatur, atque ita ab omni obligatione discedatur: quando acceptilatione eæ tantum solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. §. *item per*,
2 *Inst. quib. mod. tol. obl.* † Ac si quid præsenti die debetur, commode in stipulatum ita deducitur, *quod te mihi dare facere oportet*: si et quod debetur in diem, complecti volumus, de utroque genere et hoc modo commode caveri constat, *quidquid te dare facere oportet, oportebitve*; vel, quod te dare facere oportet *præsens*, *in diemve*, ut hic declaratur: quomodo et conceptam Aquilianam stipulationem legi-
3 mus in *d. §. item per.* † Quæsitum est, si tantum ita dictum sit, *quod te dare facere oportet*, an ad utrumque genus satis dictum sit, et an contineantur etiam obligationes in diem contractæ, et futuræ. Placuit non contineri, sed tantum quod præsenti die debetur. Ideoque si quis de utroque comprehensum velit, ita concipi oportere, ut modo diximus, ut hoc loco, et *L. si a colono*, *infr. eod. L. si ita scripsisset*, 46. *supr. de leg.* 2. unde et Aquilianæ stipulationis formula. Scilicet id solum dari oportet, quod iam nunc oportet, *d. L. si a colono*: quo in numero non sunt ea; quæ sunt in diem: id enim dari oportet, quod ab invito exigi potest: non potest autem exigi, quod in diem debetur. *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr. eod.* † Hic obiicitur formula iudicii; 4
nam et iudicium sive actio instituitur iisdem verbis, his nimirum, aio te fundum illum dare oportere, §. 1. *et* §. *huic autem. Inst. de act.* et tamen in iudicium his verbis etiam futurum deducitur, ut hic Paulus scribit; deducuntur enim fructus post-

postea nati, et qui percipi potuerunt, itemque omnes rei petitæ accessiones, quæ post litem contestatam contigerunt. *L. præterea*, *supr. de rei vind. L. videamus*, 38. §. *si actionem*, *supr. de usur.* Nihil amplius de eo Paulus hoc loco respondet, nisi dissimilem esse in hac re stipulationis et iudiciorum causam: *quod*, inquit, *præsenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur: non ut in iudiciis etiam futurum.* Cur ergo non idem fit in stipulatione, cum ita dico, quod te dare oportet? duabus de caussis. Primum quia, non ut stipulatio semel atque uno tempore perficitur, sic et iudicium: sed hoc tractum habet temporis; unde evenit, ut qui ab initio rem principalem petiit in iudicio, is eam deinceps et singulis eius iudicii diebus petere intelligatur: ac per rem intelligatur quoque quotidie petere eius rei accessiones, hæ enim rei cohærent. Deinde in iudicio quidquid istarum accessionum venit post litem contestatam, non tam ideo venit, quia contineatur supra scriptis verbis petitionis, quam quod Iudici statim atque Iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio seu in causa versantur, ut scriptum est in *L. ædiles*, §. *item sciendum*, *supr. de æd. ed.* In stipulationem contra cum semel res præsentes deductæ sunt, ideo non veniunt quæ postea sequuntur, quia semel contracta non iterum, nedum quotidie repetitur: et præterea in hac nihil æquitati Iudicis committitur ultra, quam stipulationis verbis comprehensum est. *L. quia tantumdem*, *supr. de neg. gest. et Inst. de oblig. ex cons.*

5 † Sane si quæ sint prætoriæ stipulationes, quæ iudicii instar obtineant, etiam in his iudicii regulam circa rei promissæ accessiones recte sequimur; talis est autem satisdatio legatorum servandorum caussa. *L. 1. in pr. infr. de præt. stip.* et ideo recte sentiunt, qui monent ob hanc caussam fieri, quod scribitur de hoc genere in *L. 1. §. bellissime*, *supr. ut leg. seu fid. no.* hanc videlicet stipulationem ex mora fructuum, et usurarum incrementum habituram, ut id quod oportebit, comprehendat.

6 † Sed quod hic dicitur in iudiciis etiam futurum deduci, quomodo accipiendum sit, videndum est: alioqui pugnabunt illæ sententiæ. Non posse videri in iudicium venisse, quod post iudicium acceptum acciderit. *L. non potest*, *supr. de iud.* Item, Iudicium esse non posse de his rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt. *L. non quemadmodum*, *sup. de iud.* De fructibus, inquam, et accessionibus rei petitæ, omnique causa hoc dictum est, in iudiciis deduci etiam futurum: hæc enim, ut dixi, etiam deducuntur, aliter atque in stipulatione, in quam his verbis, *quod te dare oportet*, ne accessiones quidem huiusmodi, quæ postea contingunt, veniunt; præterquam in prætoriam illam, quæ legatorum servandorum caussa interponitur. Quod si quid petitur principaliter, id si est futurum, idest, si nondum nostrum est, aut nobis debetur, in iudicium deduci non potest, ut ita iudicium sit in pendenti, donec nostrum fiat, aut nobis deberi incipiat. Nam cum omnis actio aut sit de eo quod nobis debetur, si est in personam; aut de eo quod nostrum est, aut velut nostrum, si est in rem, §. 1. *Inst. de act. L. actionum*, *sup. prox. tit.* perspicuum est natura actionis hoc effici, ut de eo quod nec nostrum est, nec debetur, agi non possit. Id vero est, quod superioribus sententiis demonstratur: nam ad accessiones rei petitæ, seu ad causam, quæ in iudicio versatur post litem contestatam, non pertinent. Posterior quidem de iis quæ debebuntur postea, seu quæ in obligationem adventura sunt, aperte concepta est *d. L. non quemadmodum.* Porro accessiones quæ post litem contestatam veniunt, officio Iudicis magis præstantur, quam proficiscuntur ex obligatione, *d. L. ædiles*, §. *item sciendum*, *de æd. ed.* Prior autem illa, non posse videri in iudicium venisse, quod post litem contestatam accidit, posset videri generaliter scripta esse, ut pertineret etiam ad fructus et similes accessiones, quæ postea accidunt; nisi in *d. L. non potest*, ubi hæc sententia legitur, addita essent hæc verba, *ideoque alia interpellatione opus est*: quæ verba declarant auctorem de eo sentire, quod cum acciderit postea, ad id consequendum principali interpellatione et actione sit opus: quod in accessionibus locum non habet, quæ quandiu res petitur, tandiu satis per consequentiam peti intelliguntur, cum eius rei partes sint.

Ad L.

Ad L. Ad diem. 77.

Idem lib. LVIII. *ad Edictum.*

Ad diem sub pœna pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas eius adita.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio pœnalis, quæ diem certum habet, lapsu diei omnimodo committitur.*
2. *Promissore mortuo, an et quomodo iacente hereditate pœna committatur.*
3. *Promissori eiusve heredibus, qui pecuniam sua die non solverint, an quo casu pœnæ sit deprecatio.*
4. *Creditore pecuniam accipere recusante, quomodo debitori, ne usuras et pœnam pecuniæ non solutæ debeat, consulatur.*
5. *Pœna ex compromisso debita, si sua die creditori sit oblata, isque accipere eam noluerit, ipso iure non committitur, et quæ ratio.*
6. *Culpa quæ in specie proposita esse intelligatur.*
7. *Heres promissoris an in integrum restituatur, ut pœnam commissam non exsolvat.*

1 CUM quis stipulatus est pecuniam certa die sibi reddi, et nisi ad diem soluta esset, pœnam, idest, pœnæ nomine usuras, ut est species *L. lecta, supr. si cert. pet.* placet pecunia sua die non soluta, pœnam omni modo committi sive promissor in ea solvenda moram fecerit, sive non fecerit, quod his rebus declaratur. Non enim solum visum est hoc casu committi pœnam, si eo die, qui primus solvendæ pecuniæ fuit, esset, qui eam pecuniam deberet, quamvis is non esset interpellatus, de quo extat responsum Africani in *L. traiecticiæ, supr. prox. tit.* confirmatum in *L. magnam, C. de cont. et com. stip.* sed hoc amplius, etsi nullus esset constituto die, qui deberet pecuniam; veluti, si promissore ante diem mortuo nemo ei veniente die heres extiterit, quod hic traditur, *et L. ult. supr. de nau. fœ.* Quod placet non esse necesse in hac caussa promissorem interpellari, minus mirum videri debet. Ut enim vellemus sine mora promissoris pœnam non committi, tamen satis moram faceret, qui non solveret sua die, cum posset et sciret se debere, satisque interpellaretur ipso stipulationis die. *d. L. magnam.*
2 † At cum eo die nullus est, qui debeat, non abs re potuit dubitari, an hoc casu pœna committatur; hic enim apparet nihil imputari posse neque promissori, neque heredi, cur non solveret: denique neutrum in eo moram fecisse: non promissorem, quia ante diem non solvendo nemo moram faciat. *L. cum filiusfam. §. ult. sup. eod.* Non heredem, qui post diem extiterit, quia is ipso die, quo pecunia solvi debuit, non fuerit heres, eoque nihil tum debuerit: et nulla mora intelligitur fieri ab eo, a quo pecunia peti non potest. *L. lecta, ver. sed cum sortis, supr. si cer. pet. L. nulla, infr. de reg. iur.* Nam putare hereditatem iacentem moram facere, cum nemo solvit hereditario nomine, ineptum est: etsi enim hereditas sustinet personam defuncti, eoque et ipsa debere intelligitur, quod debuit defunctus. *L. hereditas, supr. de acq. rer. dom. L. mortuo, infr. de fid.* Tamen ad moram faciendam non est satis debere, nisi qui debet, et sciat se debere, et possit per rerum naturam solvere. *L. quod te, supr. si cert. pet.* quorum neutrum in hereditatem rem inanimatam, et iuris intellectu tantum, non natura consistentem cadere potest. Et tamen pœnam in proposito committi, hic scriptum est, *et d. L. ult. supr. de nau. fœ.* nempe, ut sic plane intelligeretur, quod dixi, pecunia ad diem non soluta pœnam committi, etsi neque promissor, neque heres eius ullam in pecunia solvenda moram fecerit. Quod recte placuit; hic enim promissa est pœna non ex mora, sed sub conditione: quæ si existet, stipulationem committi necesse est, ut accidit in omnibus stipulationibus sub conditione contractis. *L. a Titio, infr. eod. §. sub conditione, Inst. eod.* Fuit autem hæc conditio, si pecunia sua die soluta non esset: ac solutam non esse verum est, quocunque modo factum sit sine stipulatoris culpa, quominus ea solveretur: proinde quicunque erit is casus, pœna ex conditione committetur. Et hoc est, quod dicitur, in pœna solum inspici, quæ sit quantitas; quæque conditio stipulationis. *L. stipulatio ista, §. alteri supr. eod.* † Omnino- 3

noque ita statuendum est, nullam esse pœnæ deprecationem promissori eiusve heredibus, qui pecuniam sua die non solverint, nisi his alioqui paratis solvere, aliquid inciderit in persona creditoris, quominus ei pecunia solveretur: quod si contingat, recte hoc quoque placuit inculpatam esse debere moram eius temporis. Id autem his modis accidit, si aut nemo fuit, cui solvi posset; *L. pecuniæ*, §. 1. *supr. de usur.* aut cum offerretur pecunia creditori, per eum stetit, quominus acciperet. *L. pen. supr. de nau. fœ.* Ac si per creditorem fiat, quominus pecuniam oblatam accipiat, manifesta æquitas, et certi iuris regula dictant hic esse, quod ei nocere debeat, nempe ipsius moram. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur. L. qui decem*, *infr. de sol.* Cum autem creditor non extat, cui solvi possit, non continuo est hic, quod illi queat imputari, quamobrem absfuerit: quid enim, si abfuit reipubl. caussa? quid, si etiam decesserit, nec quisquam extiterit, qui adirent eius hereditatem? sed tamen non deest ne hic quidem ratio, cur debitori hoc casu cessatio sua nocere non debeat. Sive enim creditor abest vivus, sive etiam moriendo esse desiit, semper in eo factum aliquod eius subesse intelligitur, quod debitori obstet, quominus etiam si velit, possit solvere. Si quæritur, hoc factum utri potius nocere debeat, omnes statuere debebunt, æquius esse ipsi nocere, quam adversario iuxta regulam iuris; factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum*, *infr. de reg. iur.* Interim pecunia sua die non soluta etiam his casibus pœna ipso iure committetur: adeo verum est, quod hic traditur, conditione stipulationis existente sine alia mora pœnam committi; sed petenti doli mali exceptio obstabit, non tantum si post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, in qua specie nominatim datur hæc exceptio in *d. L. pecuniæ*, §. 1. *supr. de usur.* sed etiam si ultro oblatam a debitore pecu-
4 niam sine causa recusavit. † Nam ut usuras non debeat, eoque nec pœnam pecuniæ non solutæ sic promissor consequitur, si recusante creditore pecuniam accipere, eam obsignet et deponat, ut obsignatio cedat pro ista solutione. *L. si creditrici*, *L. acceptam*, *C. de usur.* Et ideo in *L. pen. supra*, *de naut. fœ.* cum proponeretur creditor pecuniam quæ sub pœna debebatur, non accepisse, cum offerretur a debitore, responsum est non pœnam non committi, sed pœnam peti non posse: commissa erat pœna videlicet ipso iure, et debebatur; sed peti non potest obstante doli exceptione. *L. nihil interest*, *infra*, *de regulis iuris.* Et certe pecunia creditori non soluta, etiam si per creditorem factum sit, quominus solveretur; tamen semper verum est eam solutam non esse: quo fit, ut secundum verba exsistente conditione una etiam stipulatio pœnæ committatur; sed non est æquum eam exigi, unde exceptio. *L.*
qui decem, *infra*, *de sol.* † Alia causa est 5
eius pœnæ, quæ debetur ex compromisso: Nam si reus ab arbitro pecuniam certa die dare iussus, eam sua die obtulerit creditori, et is accipere noluerit, placuit ipso iure pœnam non committi. *L. Celsus*, §. *ult. supr. de recep.* Neque id sine summa ratione: in compromisso namque non promittitur pœna sub conditione, si quis pecuniam certa die non solverit; sed si non paruerit arbitri sententiæ. *L. diem*, §. *stari*, *et* §. *ult. L. non ex omnibus*, *sup. de recep.* Is porro paruit sententiæ arbitri, qui certa die dare iussus, pecuniam, ut iussus erat, ad diem creditori obtulit, etiam si ille accipere recusarit. Ut enim definitur in *d. L. Celsus*, §. *ult.* nihil aliud est sententiæ stare, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiæ: quod is fecit, qui ita pecuniam obtulit. Estque omnino verisimile, ideo subiectum fuisse eo loco responsum de illa oblatione debitoris, de qua diximus, ut in eo velut exemplo esset definitio superior exposita: simul etiam ut intelligeremus, quod probaretur in ea specie pœnam ipso iure non committi, non temere dici; sed consequens esse priori definitioni; cum reo ita offerente, ut diximus, atque hoc modo iuxta definitionem stante arbitri sententiæ deficiat conditio compromissi. Sed de his alias pluribus, et fortasse commodius; summa tamen hunc redit ad hunc locum omnino pertinens, primum ut confirmetur id, quod in hac commissione pœnæ, de qua hic agitur, intelligi volumus, adeo pecunia ad diem non soluta pœnam committi citra ullam debitoris moram, ut etiam tunc committatur, cum debitore parato solvere, creditoris factum, idest, vel absentia, vel mora illi obstitit, quominus solveret: tum ut intelligatur, quod hic maxime de effectu pœnæ commissæ statuendum fuit, nisi quid promissor creditoris facto excusetur, quod sua die pecuniam non solverit, quæcunque res in illius persona inciderit, quominus solveret, pœnam iure committi, et ita committi, ut nulla obstet exceptio creditori pœnam persequenti. Verum

ta-

tamen hic etiam unus scrupulus restat. Nam in *L. si homo*, *supr. eod.* diximus pœnam sine culpa et delicto esse non posse. *L. aliud est fraus*, *infr. de verb. sig.* Quod si verum est, quomodo hic pœnam commissam
6 esse defendemus? † Ego vero id ipsum hic quoque verum esse fateor; sed et in hac specie in promissore culpa est; si pecunia sua die soluta non sit: non quidem culpa in eo, quod prius non solverit, dum viveret quia ante diem non debuit; sed in eo, quod non providerit saltem, ut pecunia sua die recte solvi posset se mortuo: potuit enim curare, ut si quid sibi humanitus contingeret, esset aliquis, qui pecuniam haberet in numerato, et dissolveret: potuit etiam deponere in tutum aliquem locum, unde creditor posset accipere ad diem. Quod si non providit aliter evenire posse, ut pecunia ad diem non solvatur, hoc ipsum culpa est saltem levissima. *L. si quis domum*, §. 1. *ver. idem supr. loc.*
7 *L. si putator*, *supr. ad leg. Aq.* † Sed an in proposito ex hac caussa, quod ante diem mortuo promissore et hereditate non adita pœna commissa est, heres in integrum restitui possit, quæsitum est. Et si minorem esse proponas, poterit in integrum restitui, ut sibi abstinere liceat. *L. ait*, §. *non solum*, *supr. de mi.* *L.* 1. *C. si mi. ab here. se abst.* quod si retenta hereditate tantum adversus commissionem pœnæ desideret in integrum restitutionem, non audietur. Sic enim sententia est Pauli in *L. Æmilius*, *supr. de min.* et ea sententia, quæ decreto Imperatoris, quod illic refertur, nullo modo infirmetur, quoties pecunia certa die solvi debuit, et nisi soluta esset, convenit pœnæ nomine ut quid sequeretur, puta, ut in emptione fundus venditus esset inemptus, aut ut pignus liceret creditori vendere, idque iuxta legem distractum est: toties pecunia non soluta pœnam committi, et quamvis dies solvendi et committendæ pœnæ in tempus minoris inciderit, nihilominus cessare in integrum restitutionem: hac ratione, quod defunctus ipse, non heres eius contraxerit. Qua significatur in re quæ a defuncto descendat, ipsius personam spectandam esse, non heredis, qui cuiuscumque modi sit, postquam in locum et ius defuncti succedit, eius quoque iure per omnia uti debeat. *L. qui in ius*, *infr. de reg. iur.* *L. quædam*, §. 1. *supr. de ed.* Itaque nec si heres sit minor, aut etiam pupillus, quidquam immutatur de conditione obligationis, quæ futura esset, si promissor adhuc viveret, et vero iniquissimum esset beneficium ætatis nocere ei creditori, qui nihil cum pupillo contraxerit. *L.* 3. *sup. quib. ex caus. in pos. eat.* Quod si heres minor in hac causa restitui non potest, ne commissam pœnam præstare debeat, quo iure maior poterit? Atqui etsi minor posset ex hac causa restitui, quia dies committendi in ipsum incidisset, quo nomine ipsius cessatio aliqua venia digna esset: tamen in maiore nulla omnino causa esse potest, quæ illi in hac specie tribuat in integrum restitutionem. Mitto, quod heres in obligationem defuncti succedit: cuius obligationis conditio ex persona heredum non immutatur. *L.* 2. §. *ex his*, *sup. eod.* Hoc dico edictum, quod est de in integrum restitutione maiorum, aperte refragari, quominus heres quisquam maior adversus superiorem pœnæ commissionem restituatur; toto enim edicto, nec minus illa clausula edicti, *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, *in integrum restituam*, pollicetur Prætor in integrum restitutionem iis solum, qui inviti, et necessitate rerum impediti, non voluntate sua, non culpa inciderunt in captionem. *L. non enim*, *L. sed etsi*, §. *ult. sup. ex quib. caus. ma.* At in proposito nullum est tempus, cum si tenetur heres ex stipulatione pœnæ, non teneatur aut suo ipsius facto, et culpa, aut certe volens, non invitus, nedum coactus; nam si dies solvendi in eum incidit, cum iam hereditatem adiisset, ipsius culpa est, si pecuniam sua die non solvit; nec profecto magis convenit eum ex hac causa impetrare restitutionem, quam conveniret eam tribui promissori, si viveret, atque idem fecisset. Quod si ante aditam hereditatem dies finita est, et pœna commissa, de qua specie hic agitur: aperte ipsius voluntate atque adeo velut contractu fit, non ulla necessitate, si ea obligatione postea teneri incipit. Obligat quidem nos hereditas æri alieno hereditario etiam invitos, sed postquam quæsita est. *L. more. supr. de acq. her.* non quæritur autem, nisi volenti, atque adeo nisi destinatione animi, et certa scientia, aut adeundo, aut pro herede gerendo, cum scias hereditatem tibi esse delatam. §. *ult. Inst. de her. qual. et diff.* *L. in totum*, *infr. de reg. iur.* Quo fit, ut si quis ita agnoscendo obligatur æri alieno, et ei pœnæ, de qua quærimus, is ideo obligetur, quia obligationem hereditariam volens in se suscepit, vel potius quia se in eandem caussam obligavit; denique quia contraxit cum creditoribus, nam et qui adit, contrahere videtur, et qui se immiscet hereditati. *L.* 3. *in fin. et L. seq. supr. quib. ex caus. in pos. eat.* Hoc vero cum fecit ho-

heres, certum est factum ad edictum de restitutionibus maiorum non pertinere; et sane nihilo rectius desiderare potest in integrum restitui, ne hac pœna teneatur, cui se subiecit, quam ut sibi ab hereditate, quam sponte agnovit, abstinere liceat. Postremo sic statui debet, ex stipulatione hereditaria, quæ a defuncto descendat, conditione stipulationis existente obligari heredes, sive velint, sive nolint, et sive per eos factum sit, quominus fieret, quod promissum est, sive factum non sit; idque sine ulla spe in integrum restitutionis adversus eam obligationem impetrandæ. Ad quod probandum unum hoc exemplum abunde sufficiet: cum enim quis promisit neque per se, neque per heredem suum fieri, quominus mihi ire agere liceat; si unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, placet sic committi stipulationem in solidum: ut cæteri coheredes unius facto obligentur, quantumvis nihil ipsi fecerint, atque adeo quantum in se est, ne quis prohiberet, obstiterint. *L.* 2. §. *item si in facto*, *L.* 4. §. *Cato*, *supr.* L. *in executione*, §. *quod si stipulatus*, *infr. eod.* L. *heredes*, §. *in illa*, *supr. fa. erc.* At quamobrem, cum non debeat factum alterius nocere ei qui nihil fecit? L. *de pupillo*, §. *si plurium*, *supr. de op. no. nunc.* quia non ex coheredis facto hæc obligatio nascitur, sed ex stipulatione hereditaria, cuius conditio extitit. *L. inter*, §. *quod ex facto*, *supr. fa. erc.* Inauditum est autem cæteris coheredibus adversus hanc obligationem restitutionem dari, sed una his datur actio familiæ erciscundæ adversus eum, cuius facto stipulatio est commissa *d. L.* 2. §. *item si supr. d. L. in executione*, §. *quod si stipulatus*, *infr. eod. d. L. heredes*, §. *quod ex facto*, *fa. erc.* Quare et in proposito de stipulatione pœnali hoc idem circa heredes probandum est, ut si conditio stipulationis extiterit, idest, si pecunia sua die soluta non erit, quamvis id contigerit nondum adita hereditate, quo tempore nemo fuit, qui pœnæ futuræ occurreret solvendo; tamen heres teneatur nihilominus; quia obligatio hæc non ex mora heredis nascatur, aut alterius cuiusquam, sed ex stipulatione hereditaria, cuius conditio extiterit pecunia non soluta.

Ad L. Si filiusfamil. 78.

Idem lib. LXII. *ad Edictum.*

Si filiusfamilias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur: quo contrahimus.

SUMMARIA.

1. *Quæstio huius L. in quo versetur.*
2. *Conditionalis stipulatio a filiofam. interposita, cur acquiratur patri etiam si post filii emancipationem existat conditio. Excipiuntur ab hac definitione aliqui casus* et n. 4.
3. *In conditionali stipulatione filiifam. acquirenda, an id tempus, quo contrahitur, debeat spectari.*
5. *In legatis filio sub conditione relictis, tempus existentis conditionis spectari.*
6. *In stipulationibus et legatis conditionalibus, quæ differentiæ ratio.* et n. 8.
7. *Evincit falsum esse, quod dicitur, in stipulatione conditionem retrotrahi ad id tempus, quo contracta est: In legatis non retrotrahi ad tempus testamenti aut mortis.*
9. *Definitionem generaliter hic conceptam,* in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus, *ad propositam solum quæstionem referri, nec longius producendam.*

1 CUM filiusfamilias sub conditione stipulatus pendente conditione emancipatus est, dubitatum est, si conditio existat postea, utri actio ex ea caussa competat, patrine, cuius in potestate olim fuit, qui stipulatus est; an filio, qui quo tempore existit conditio, et quo primum obligatio nata est, sui iuris esse reperitur. Quæstio in eo est, quo tempore placeat stipulationem conditionalem a filiofamilias interpositam patri per filium acquiri; seu, quod idem est, quod tempus placeat spectari ad eam stipulationem acquirendam, idne quo contrahitur, an id quo conditio existit. Nam si placet tempus contractus spectari, ut ex eo tempore stipulatio acquiratur, si potest; erit quæsita in proposito statim: filium enim familias proponimus stipulatum esse, per quem patri acquiri posse constat. §. 1. *Instit. per quas pers. nob. acq.* Unde eveniet, ut si quando conditio existat postea quamvis filio iam ante eman-

emancipato, tamen actio in omnem eventum sit patris, utpote nata ex ea stipulatione, quæ iam certo patris esse cœperat. Quod si placet stipulationem ex eo tempore primum acquiri posse, quo conditio existit, eoque id tempus spectari non aliter ex hac caussa patri competet actio existente conditione, quam si filius eo tempore in potestate fuerit: nam per eum, qui sui iuris est, patri quæri nihil potest: qua in caussa cum proponatur filius esse cœpisse, cum conditio exstitit; hoc relinquetur in proposito, ut neque obligatio neque actio ex conditionali stipulatione patri ac-
2 quiratur. † In hac re versari quæstionem intelligens Paulus, de quæstione proposita ita definit: etiam ex conditionali stipulatione filiifamilias semper patri actionem competere, si conditio exstiterit quamvis filio ante emancipato: quia in stipulationibus id tempus spectetur, quo contrahimus: significans quod dixi, quia in acquirendo spectetur id tempus, ideo etiam eo tempore iam a principio quæsitam esse stipulationem patri, quoniam tum filiusfamilias fuerit, qui stipulatus est, idest, in ea caussa, ut patri acquirere potuerit: quæsita patri stipulatione non potest, quin sit patris omnis obligatio et actio, quæcunque inde postea nata fuerit. Et si quidem constet in stipulationibus id tempus spectari, quo contrahimus, omnia in hac acquisitione sunt expedita: hoc enim posito iam a principio stipulationem patri acquiri, cum potest, quid de iure stipulationis sequatur, apparet. Sed hæc ipsa sententia quæstionem habet. De conceptione ipsa dicam postea, quam recte generaliter concepta sit.

3 † Quod ad rem propositam attinet, de eo ipso non immerito dubitari potest, an in conditionali stipulatione filii acquirenda, de quo agitur, id tempus spectari debeat, quo contrahitur, ut sic res omnis iam tum patri acquiratur per filium, etiam si maxime tunc filius fuerit in patris potestate. Quod enim placet acquiri patri, quod filiusfamilias pure stipulatus est, aut in diem, etiam si ante quam dies venerit, cœperit filius esse sui iuris, non mirum: subest enim utrobique iam a principio res, quæ patri acquiratur: obligatio nimirum, quæ ex utraque stipulatione statim nascitur. Nam et cum quid promittitur in diem, præsens obligatio est, etsi in diem differtur petitio. *L. cedere*, *infr. de verb. signif.* *L. centesimis*, *supr. eod.* unde nec quidquam de his stipulationibus per filium patri statim acquirendis proprie et speciatim a veteribus traditum legimus, quia res esset extra controversiam. At conditionali stipulatione interposita, prius quam conditio exstiterit, stipulatio nulla est; certe pro nulla habetur. *L. quoties*, *infr. de novat.* quippe ex qua pendente conditione non modo non actio, sed ne obligatio quidem nascatur: sine quibus stipulatio est inutilis, *d. L. cedere*, *infr. de verb. sig.* absurdum est autem dici quidquam tunc per filium acquiri patri, cum nihil est, quod acquiratur. Sed recte veteres: non est enim obligatio nata ante, quam conditio exstiterit: et hanc quoque verum est ab initio patri acquiri non posse: nam ne sic quidem acquireretur ei, et ipse sibi sub conditione esset stipulatus. Sed nihilo minus certum est subesse iam a principio stipulationem, quamvis interpositam a filio sub conditione; cui stipulationi et spes adiuncta, fore ut aliquando debeatur, cum scilicet conditio exstiterit, *§. ex conditionali*, *Inst. eod.* hanc ipsam stipulationem, atque hanc spem statim patri acquiri dicimus. At enim, dixerit aliquis, stipulatio per se seiuncta ab obligatione nihil est: certe non res, quæ ab uno in alium possit transferri: stipulatio enim ut cæteri contractus, facti est, consistens in interrogatione et responsione: quarum utraque est sonus tantum, qui postquam emissus est, non manet, sed statim evanescit: ut non videatur hæc conceptio verborum a filio in patrem transferri posse. Et fateor stipulationem cæterosque contractus omnes non esse res eiusmodi, quæ tanquam subsistentes possint ab uno transire in alium; sed non eo minus verum est stipulationem a filio quamvis sub conditione interpositam statim patri acquiri: non utique tamquam quæsitam a filio, a quo deinde transeat ad patrem; sed tamquam interpositam et quæsitam a patre ipso, qui in ea interponenda usus sit ministerio et voce filii. Neque id fingitur fieri ex æquo et bono tantum præter rationem Iuris Civilis; sed ratione iuris nota certo efficitur: placet enim, cum de acquirendo agitur, vocem filii intelligi vocem patris; vocem servi videri vocem domini. *§. ei vero*, *et §. post mortem*, *Instit. de inut. stip.* Quo posito manifestum est hoc effici, quidquid filius aut servus stipulantur, id perinde accipiendum, quasi pater ipse, aut dominus stipulatus esset, non filius aut servus. Quæ posterior sententia etsi per se certo colligitur ex priore; tamen ne eo minus forte certa sit, quia collectione nostra efficitur, etiam expressa est in *L. quodcunque*, *sup. eod.* Nemo autem dubitat, quin si pater stipulatus esset sub conditione, illius esset boli–

obligatio et actio, quandocunque exstitisset postea conditio, et quocunque in statu esset eius filius, ad quem stipulatio nihil pertineret. Quapropter et cum filius eodem modo stipulatus erit, tunc quoque ex regulis et ratione iuris certa idem dicemus. Quod si stipulatio interposita a filio quamvis sub conditione, statim acquiritur patri, unde et actio et obligatio eius futura est, quandocunque conditio exstiterit: licet iam intelligere, quo modo accipi debeat, quod dicitur, quod stipulatur is, qui in alterius potestate est, ei cuius est in potestate, tum patri tum domino acquiri. L. *acquiruntur*, §. 1. *supra*, *de acq. rer. do. L. quodcunque, sup. eod.* Nempe hoc modo, ut acquiratur statim, et in universum, sive stipuletur pure, sive in diem, sive sub conditione. De duobus quidem prioribus generibus nihil nominatim cavetur; quia de his nulla est quæstio propter præsentem obligationem, quæ utrinque nascatur: at de stipulatione conditionali dubitari potest, si cum conditio exsistit, filius inveniatur sui iuris, quia ante nulla fuerit obligatio, quæ patri quæreretur, atque hinc de ea nominatim præcipitur: sed ita, ut de cæteris multo magis idem probandum esse intelli-
4 gamus. † Illud tamen cavendum diligenter in hoc genere, quod dicitur, conditionalem stipulationem filii acquiri patri, etsi exsistente conditione filius cœperit esse sui iuris, sic accipiendum esse; si nihil aliud acquisitioni obstet, quam ea, de qua sermo est, filii emancipatio. Cæterum quominus acquiratur, aliæ causæ possunt efficere: quæ si quando incident, intelligendum erit non pugnare eas cum hoc loco, in quo hoc impedimentum solum acquisitionis removeatur, si exsistente conditione filius sit emancipatus. Generaliter autem definire possumus, in universum accidere, ne filii stipulatio conditionalis patri acquiratur, cum tempore exsistentis conditionis filius sui iuris invenitur, quoties deducitur in obligationem id, quod patri acquiri non potest. Id autem contingere dupliciter; vel obstante rei deductæ natura, vel prohibente promittentis voluntate stipulatione comprehensa. Sed quoniam est in his duabus causis aliquid proprium, quod observetur, et una species ex his incidit postea in L. *quidam*, §. *ult. infr. eod.* visum est esse commodius utriusque explicationem pleniorem in eum locum reiicere, ne cœptæ interpretationis cursus paulo longiore exceptione impediatur. Enimvero si quid erit, quod per se possit patri acquiri (redeo enim ad definitionem propositam) stipulatio conditionalis, quæcunque erit a filio interposita, acquiretur patri omni modo, idest, etiam si emancipato postea filio conditio extiterit, qua de re nunc agimus. Sed in stipulationibus, inquam, probatum hoc est, si a filiofamilias aut servo contractæ sint, et de his acquirendis agatur, spectari debere id tempus, quo contrahitur, ut exinde patri, dominove stipulatio etiam conditionalis acquiratur. Alia causa est legati sub conditione filio relicti: unde discriminis causa nominatim hic additum est, *in stipulationibus*. † In 5
legato placuit spectari tempus exsistentis conditionis: ut si quidem eo quoque tempore filius sit in potestate, olim quidem solidum legatum acquireretur patri: *L. si uxorem*, *C. de cond. ins.* §. 1. *Instit. per quas per. nob. ac.* hodie ex Iustiniani constitutionibus sic acquiratur, ut proprietas sit filii; ususfructus patris: ipsa autem actio ita patris, ut eam solus possit exercere. *L. ult.* §. *ubi autem*, *C. de bon. quæ lib. Instit. per quas per. no. ob. acq.* Quod si eo tempore filius sui iuris sit, puta ante quam conditio exsisteret, emancipatus; hic utroque iure legatum in solidum acquiritur filio, nihil patri: quia si ex eo tempore res æstimatur, ut æstimandam esse volumus, tunc legatum acquiratur, cum patri per filium quæri nihil potest. Quod eadem ratione receptum est, qua si quid nobis similiter sub conditione legatum esset, et pendente conditione decederemus, placuit legatum ad heredem nostrum non transire. *d. L. si uxorem*, *C. de cond. inst. L. quæ legata*, *infr. de reg. iur.* † Sed cum con- 6
ditio pariter suspendat obligationem, nec minus in stipulatione, quam in legato: *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* cur non pariter spectamus in utroque genere aut id tempus, quo conditio existit, aut id quo primum res sub conditione defertur? nisi enim in caussis eandem obligationem, eandemque conditionem habentibus, idest, ut videntur, plane paribus, ostenditur differentiæ ratio, quominus alterutrum videatur inique constitui, effugere non possumus. arg. *L. illud*, *supr. ad leg. Aq.* Quia, inquit [1] Bartolus, in conditionalibus stipulationibus existens

1) Uti et Hot. 5. *Obs.* 13. Quam et probant inde quod contractus plurium consensu, ideoque maior illi vis ad retrotrahendum, quam legatis, quæ unius voluntate nituntur. Zas. *in d. L.* 78. *n.* 89. Malc. Quia voluntas testantis, etiam solius, firmissima. Et Cuiac. ad *d. L.* 78. eius rationem hanc esse: Contrahentes id agunt ut et successioni ac posteritati prospiciant. Ergo quo heredibus possit proficere iste contractus, si moriatur aliquis pendente condi-

stens conditio retro trahitur ad id tempus, quo res contracta est. *L. necessario*, illic, *idem Pomponius*; *supr. de per. et com. rei vend. L. qui balneum*, *L. potior*, *supr. qui pot. in pig. hab.* in legatis non trahitur retro ad tempus testamenti, aut mortis. *L.* 1. §. *servi*, *supr. de Senat. Sila.* Quam rationem a quibusdam tantopere probari, et nova ratione convestiri miror: qua una nescio, an quidquam sit ad id de quo agitur, probandum ineptius, aut nugatorium magis, etiam si quis istorum utrumque verum esse dederit. Ego enim multo citius intellexero, cur in stipulatione conditionali tempus contractus spectandum sit, etiam si nihil addatur aliud; quam cur conditione existente iam ab initio videatur pure contracta stipulatio, quod enim tempus interpositæ stipulationis spectamus, non adeo mirum est, cum iam tum stipulatio esse cœperit, quam spectare possemus secundum naturam. At cum conditio extitit multo post stipulationem contractam, existimari tamen eam iam ab initio extitisse, aut etiam omnino adiectam non esse, cum natura quodammodo ipsa pugnare videtur: certe natura fieri non potest. Quod si adiecerimus præterea, etsi retro trahitur conditio in stipulationibus in legatis tamen non retro trahi; hic vero etiam dubitatio conduplicatur; cum enim dicitur tempus contractus in stipulationibus spectari, in legatis autem tempus existentis conditionis; in eo distinguuntur stipulationes a legatis: quæ distinctio ipsa per se non est improbabilis, sunt enim hæc genera diversa. Cum autem dicitur conditio existens retro trahi in stipulationibus, in legatis non item; hic absurdum quiddam dici videtur, ut res cum sint non similes, sed plane eædem, distinguantur tamen aliæ ab aliis; nempe conditio, quæ iniuncta est legato, ad ea quæ adiecta est stipulationi, etiam si sit eadem conditio. Quod si quis dicet conditionem existentem retro trahi in stipulationibus non propter se, sed propter naturam stipulationis; in legatis non retro trahi, sed id propter naturam legati; an non animadvertit in eo se eodem revolvi, atque hoc dicere, ideo in stipulationibus conditionem existentem retro trahi ad tempus contractus, quia natura negotii id postulet, ut id tempus spectemus; contra in legatis non retro trahi, quia horum natura non ferat, ut spectemus aliud tempus, quam existentis conditionis? atqui de hoc ipso erat controversia, cur in stipulationibus tempus spectetur contractus in legatis existentis conditionis tempus. Ita pro ratione hic affertur id ipsum, quod quæsitum erat: quod rationis genus quale sit, vulgo notum est. Atque hæc ita sunt, etsi quis concederet verum esse in stipulationibus conditionem retro trahi ad id tempus, quo stipulatio contracta est; in legatis non retro trahi ad tempus testamenti aut mortis: nunc autem ne quis in his explicandis valde laboret, [2] utrumque falsum est. † De conditione stipulationi adiecta hæc argumenta sunt. Nam si emptio sub conditione contracta sit, et pendente conditione res perierit; quamvis deinde extiterit conditio, non est tamen emptoris periculum, sed emptio perimitur. *L. necesario*, §. *quod si pendente*, *supr. de per. et com. rei ven.* Non ergo hoc casu existente conditione perinde habetur, quasi ab initio pure emptio contracta esset: alioqui periculum esset emptoris, *d. L. necessario*, illic, *quod si extiterit*: idest: nihil deberetur emptori, et nihilominus venditor pretium posset petere. *L. ult. C. de per. et com. rei vend.* Item, si quis stipuletur rem suam sub conditione, et pendente conditione res aliena esse cœperit, deinde existat conditio, stipulatio valet. L. *si rem meam*, *supr. eod.* Non ergo retro trahitur conditio ad id tempus, quo stipulatio interposita est, ut id tempus spectetur: alioqui stipulatio esset inutilis, cum eo tempore res stipulantis fuerit; nemo autem rem suam utiliter stipuletur. §. 1. *Inst. de inut. stip.* Item, si Stichum qui pure mihi debetur, stipuler sub conditione novandi animo, et pendente conditione Stichus decesserit, quamvis conditio existat postea, tamen novatio non continget; quia non subsit res eo tempore, quo conditio impletur. *L. quoties*, *infr. de novat.* Non ergo ne hic quidem conditio existens refertur ad id tempus: quo posterior stipulatio interposita est: nam hoc tempus si spectaremus, novatio fieret, cum eo tempore res fuerit, quæ ex stipulatione posteriore deberetur. Hæc de conditione stipula-

tione: statuendum est, vires eius statim initio existere. Qui legat, legatarium solum; non illius posteritatem spectat. Quare si pendente conditione moriatur legatarius, legatum extinguitur. Quod ex hac ratione admissum utrinque in uno casu, ut legatum non nisi ex eventu conditionis, contractus conditionalis statim vires accipiat, perpetuum erit, ac in reliquis casibus obtinebit. Quæ quam fragilia sint perspectu facile, ac scite refellit A. Fabr. 15. *Coni.* 6. *pag.* 180. quia filiusfamilias stipulans quomodo censebitur consulere velle heredi, qui quandiu filiusfamilias, non potest habere heredem. Quin id potius agit ut acquirat patri.

2) Quod et sic ostendit, Faber. *Cap.* 6. *p.* 182. In obligationibus ad diem certum attenditur tempus contractus, tanto magis, quanto illæ viciniores puris quam conditionales. Nec quisquam tamen dixit diem certum retrotrahi.

tioni adiecta. E converso et hoc accidit in legatis, ut 3 conditio legati postea existens retro trahatur ad præteritum tempus, perindeque habeatur legatum, quasi iam ante pure relictum esset, et quidem iisdem casibus, quibus hoc receptum est in stipulatione conditionali. Nam si cum mihi ex stipulatu pecuniam sub conditione deberes, pendente conditione mihi fundum obligaveris pignori, deinde eundem fundum alii creditori, a quo præsentem pecuniam acciperes, oppigneraveris: si postea existat conditio, placet me esse secundo potiorem, quamvis tunc cum illi fundum obligabas, mihi nihil adhuc deberetur: ideo scilicet, quia conditione stipulationis meæ exsistente incipiat perinde haberi, quasi stipulatio, quæ contracta erat sub conditione, iam tum pure facta esset. L. *qui balneum*, *L. potior*, *supr. qui pot. in pig. hab.* Atqui idem fiet, etsi mihi quid legatum sit sub conditione, et pendente conditione, cum heres non satisdaret legati nomine, missus sim in possessionem bonorum; quamvis enim pendente conditione legati alii creditori, cui pure deberetur, res hereditariæ pignori esse cœperint: tamen si postea exsistat conditio, placet me hic quoque in pignore esse potiorem. *L. 2. C. qui pot. in pig.* Quod non aliter defendi potest, quam si quod supra in stipulatione, idem hic in legato dicamus, conditione legati exsistente perinde habendum quasi iam ab initio pure legatum esset: nam alioqui secundus esset potior, ut qui prior esset creditor. Postremo non recte sic colligitur: conditio exsistens retrotrahitur ad id tempus, quo adiecta est; vel ut dicamus melius, conditione exsistente perinde est, quasi iam tum exstitisset, cum res contracta est; ergo filio ante emancipato si exsistat conditio, patri actio acquiritur: nam etsi quis institutus sit sub conditione, quandocunque is existente conditione hereditatem adierit postea, retroversus iam inde a morte testatoris successisse defuncto intelligitur *L. heres quandoque*, *supra. de acq. her. L. omnis hereditas*, *infra*, *de regul. iur.* Et tamen si servus sub conditione heres institutus postea manumittatur, sibi hereditatem adeundo acquiret, non domino, *§. alienus quoque*, *Instit. de her. inst. L. si solus*, *§. 1. supr. de acq. her.* idemque est, si filius fuerit institutus, deinde emancipatus hereditatem adeat. L. *non est dubium*, *C. de iur. delib.* † Ex quibus intelligitur, quam 8
multis de caussis superior ratio repudianda sit: simul et illud 4 planum sit non vim con-

3) Quamquam si ἀκριβῶς loqui velimus, conditio nunquam retrotrahitur, tametsi sæpe, post quam exstitit conditio; perinde habetur ac si pure contracta esset stipulatio, quia obstaculum puritatis sublatum, Ant. Fab. *d. Cap.* 6. *pag.* 181. cum quo tamen non sentio in eo quod vult conditionem esse meram privationem, ac per consequens nihil, nec igitur retrotrahi posse, quod nihil est. In quo malum agit metaphysicum. Nec enim obligationi adiici, nec exsistere, nec tot effectus ipsa per se operari, nec tot illius differentiæ constitui possent si nihil esset. Nam quod est, nec variari potest, et non entis nullæ sunt qualitates. At conditionis multæ ac diversæ. Unde alia casualis alia potestativa, etc. Incongrua certe collectio Fabri: Conditio efficit ne obligatio pura dici possit. Ergo est privatio. Perinde ac hæc: Morbus efficit ne homo sanus dici possit. Ergo est privatio mera sanitatis et ita nihil. Privatio est absentia habitus in subiecto capaci, tum cum in eo natura inesse convenit, ut colligitur ex Philosopho *Lib. Categor. Confer. Lib.* 4. *Metaph. C.* 22. At actus et contractus nec puritatem nec conditionem requirit, sed æque ad utrumlibet aptus. Quin cum contractus in diem, nec purus sit nec conditionalis, contraria hæc ἔμμεσα sunt. Denique ut vera sit privatio necesse est ut et potentiam tollat. Ἀπὸ τῆς στερήσεως ἐπὶ τὴν ἕξιν μεταβολὴν γίνεσθαι ἀδύνατον *Arist. lib. Categ.* Atqui actus ex conditionali, eveniente conditione, sit purus. Quin si alterutrum dicendum, puritas potius nihil est, et quidem opposita conditioni non privative, sed negative. Ideo enim purus est actus, quia relictus in suis communibus terminis; ideo conditionalis, quia aliquid ei accessit. Conditio enim est adiectio *L.* 6. §. 1. *de tut.* Verius tamen, ut a diverticulo ad viam redeam, dicetur, mea sententia, post eventum conditionis retrotrahi ipsam obligationem, ac haberi ac si illo tempore, quo stipulatio interposita, pure contracta esset *L.* 11. §. 1. *de Pign.* non vero retrotrahi conditionem, quæ postquam impleta evanuit. Inter quæ sane interest. Aliud est rem æstimari ac si conditio ex. gr. Si Titius consul factus fuerit plane non adiecta *d.* §. 1. Aliud ita si adiecta quidem, sed statim ipso conventionis tempore evenisset ex. gr. si Titius qui nunc Consul eligitur, antē annum forte, cum contraheretur, magistratum iniisset. Facilior in rebus quæ sunt iuris et facti, quam quæ meri facti fictio.

4) Duar. ad *d. L.* 78. Contractus, inquit, factum et operam desiderant, Filius patri omne factum operam et studium debet. Contra Rævard. ad *L.* 18. *de R. iur.* ea ratio est: Legatum ante diei cessionem nihil continet iuris. Quæ vero facti sunt transferri ad alios non solent: Stipulatio vero nulla quæ non sub se habeat vinculum iuris *L.* 27. §. 2. *de pact.* A. Fab. 15. *Cont.* 6. Non in eo difficultas, ait, cur in contractibus spectetur tempus conventionis. Quod enim magis convenit, quam quo de obligando actum est. Sed in eo cur aliud in legatis conditionalibus. Rationem autem inde petit *p.* 182. *et seq.* Non spectatur in legatis tempus testamenti quia ius legati conditionalis non nascitur eo tempore, quo testamentum fit: cum non possit acquiri legatario, priusquam id morte confirmatum fuerit: nec mortis, quia non ex sola voluntate, sed magis legis auctoritate confirmatur, qua fit ut quæcunque testamento scripta valeant eo modo quo scripta sunt. Quæ pluribus ibi, subtiliter magis, quam ad scrupulos animo eximendos accommodate, persequitur. Ad quod expeditior est nostri Donelli ratio, quæ et inde confirmatur, quod libero effectò proficere nequit, quod dum servus esset egit, *L. quod quis* 146. *de R. I.* P. Fab. ad *L.* 18. *de R. I.* qui et vid. 3. *Sem.* 11. Et quod in legatis nullum omnino factum legatarii, neque dum acquiritur, quia et ignoranti filio obvenit, ac per eum patri, (Unde obiectio Cuiacii, regerentis, si hæc ratio vera nec legatum purum patri acquiri, removetur. Nam quando purum, est cum statim quæratur, necesse est statim ad patrem transeat: *L.* 79. *de acq. her.*) Et quia in stipulatione filiif. defuit animus sibi acquirendi, sed id egit ut acquireret patri, nec de incerto emancipationis eventu cogitasse censendus est; ac utut cogitaverit, tamen acquisitio certam scientiam requirit *L.* 76. *de R. I.* Quin licet contulerit aperte stipulationem in emancipationem suam, nihil eum iuvat *d. L. ult. de stip. serv.* quia voluntas illius libera non est, et per *d. L.* 146. *de R. I.* Ex quo sic licebit inferre. Emancipatus evenientis

conditionis exsistentis, sed naturam negotiorum, de quibus agitur, hanc varietatem inducere, ut conditione exsistente quandoque initium rei gestæ et interpositæ conditionis spectari debeat, quasi nulla fuisset ab initio inserta conditio; quandoque spectari debeat id tempus, quo conditio exsistit, quo primum tempore res exitum habere incipit. Proinde omissa omni alia quæstione de conditione, res ipsas de quibus acquirendis agitur, consideremus. Quid est igitur, inquam, cur in stipulatione conditionali a filio interposita præsens tempus spectemus, ut exinde statim acquiratur patri; in legato autem quod sub conditione filio datum est, spectetur conditionis exsistentis, ut sic non acquiratur patri, si tum filius fuerit sui iuris? Differentiæ ratio minime dubia hæc est, quod in stipulatione conditionali filii causa est, cur pendente conditione et quidem statim stipulatio acquiratur patri: in legato, quod sub conditione filio relictum est, cur ita acquiratur, nulla. Id adeo efficitur ex eo, quod de voce filii et servi diximus, idque tam aperte ut acquisitionis ratio in utroque genere pene in oculos incurrat. Ita traditur videlicet, cum de acquirendo agitur, vocem filii stipulantis tanquam vocem patris intelligi; et servi vocem intelligi vocem domini, §. *ei vero*, *et* §. *post mortem. Inst. de inut. stip.* Id si ita est, fit, quod supra quoque ostendi, ut si quid filius stipuletur, perinde habendum sit, ac si pater voce filii ipse sibi esset stipulatus. Quod de voce filii dicitur, ad omne factum filii recte transfertur: ut dicamus factum filii, quod valeat ad aliquid acquirendum, in acquirendis iis quæ patri acquiri possunt, factum patris haberi debere: qua ratione et quidquid filius contrahet, id patri quasi ipse contraxisset, acquiretur. Et vero hæc ipsa Pomponii ratio est de hac re exposita in *L. ult. infra*, *de stip. ser.* sic enim scribit, quod servus contrahit, dum nobis servit, id totum nobis acquiri: *quia potestas eius tunc cum id contraheretur*, *nostra fuit.* Observanda illa sunt, *quod servus contrahit*; item *tum cum id contraheretur*; in quibus verbis inest ratio, cur acquiratur, hæc: quia servus fecit id, unde nascitur obligatio. Quasi ita colligeret Pomponius: quidquid servus gerit, contrahit, dum nobis servit, id totum est eius potestatis, qua tenetur: ea autem potestas nostra est: nostrum igitur, quidquid per id tempus fecerit, unde quid acquiri et haberi potest. Hæc ratio cessat in legato: dum enim quid legatur filio aut servo, nullum hic factum intervenit filii aut servi, unde quidquam vel ipsis vel aliis per eos acquiratur: et præsertim si quid his legatur sub conditione: nam pendente conditione ne agnosci quidem legatum a legatario quamvis patrefamilias potest. L. *si ita sit*: §. *scriptum supra*, *de legat.* 2. Contraria igitur de causa efficitur, ut legatum pendente conditione non acquiratur patri. Aut enim obligationem esse oportet, quæ constituta in persona filii ad patrem deinde transeat, aut factum aliquod intervenire, quod dici possit esse patris, quo ipse sibi in persona sua legati ius constituat. Obligationem pendente conditione nullam esse constat neque ex stipulatione, neque ex legato: *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* factum filii nullum in legato ei relicto ad id acquirendum, ut dici possit patrem videri idem fecisse: quo fit, ut quemadmodum interim nihil est, quod acquiratur, sic nec sit quamobrem acquiratur. At erit, dices, quod acquiratur, postquam conditio exstiterit: tum enim cessit et venit legati dies. Et nos volumus id tum acquiri posse; sed ei cui per ius licet, filio videlicet, non patri: tum enim filius est sui iuris, ac per eum patri quæri nihil potest. Sed cur non retro fingimus acquisitum legatum patri, quasi ab initio relictum sine conditione? quia id factum non est, et natura repugnat, quominus quod factum non est, factum esse intelligamus; ac ius naturæ consentiens idem sequitur, quippe ex facto ius est, *L. si ex plagis*, §. *in clivo*, *supr. ad leg. Aquil.* Estque hæc lex in iure perpetua, nisi sicubi lex beneficii loco aliquid nominatim aliter constituit, ut accidit in postliminio, et lege Cornelia testamentaria de testamentis eorum confirmandis, qui apud hostes decesserunt, §. *ult. Instit. quib. non est per. fac. test.* Quæ si vera sunt, quamvis nihil unquam recte dixisset Accursius, tamen hoc eum verissime dixisse apparet, quod scripsit in *L. si uxorem*, *C. de cond. ins.* superioris differentiæ hanc esse rationem, quod in legatis nullus inveniatur actus filii in potestate manentis; in contractibus contra: quod minus mirum est omnibus probatum non esse: non enim exposuit, quid ad hanc rem pertineret actus filii: fierique potest, ut non satis intellexerit: neque id omnibus notum est: nos supra dilucide exposuimus. Non me movet,

conditionis tempore, sibi non acquirit ex tempore præsenti, quia deficit caussa vel negocium, cum actu in potestate gesto non invetur *d. L.* 146. neque ex tempore interpositæ stipulationis, quia deficit voluntas acquirendi, vel si ea adsit, deest tamen potestas et capacitas, *d. L. ult.* Quæ omnia legatis non convenire evidens est.

vet, quod quidam obiiciunt, quod stipulatio a filio pure contracta ex facto filii est, legatum pure filio datum non proficiscitur ex eius facto, et tamen utrumque patri pariter acquiritur. Obstaret nobis hæc ratio, si legatum conditionale ob hanc caussam patri non acquiri diceremus, quia nullum in eo interveniat factum filii: hac enim ratione nec purum legatum patri acquireretur. Nunc autem hoc dicimus duas res coniunctim efficere, ne legatum conditionale acquiratur patri, et quod pendente conditione nulla obligatio præsens est, quæ transferatur in patrem, quod pro confesso ponimus: estque omnium obligationum conditionalium commune; et præterea quod nullum factum est filii, quo facto ipse obligationem patri constituat, id quod est legati proprium. Si in eo, quod in filium collatum est, præsens sit obligatio, non nego hanc patri acquiri, etiam si non nascatur ex facto filii, ut fit in legato, quod filio pure relictum est. Ideo legata pura a stipulationibus hic non distinguimus, sed pariter utrumque per filium patri quæritur: quoniam utrumque similiter præsentem obligationem habet, quæ iure a filio in patrem ex æquo potest transire. Sed etsi nulla sit obligatio præsens, sed tamen factum aliquod filii interveniat ad constituendam obligationem, ut fit in conditionali stipulatione; hic etiam dicimus hanc caussam satis esse ad acquisitionem, quasi videatur pater ipse fecisse et stipulatus esse per filium. Quod si neque ulla præsens sit obligatio, neque in eo quod fit, ullum factum filii interveniat, ut accidit in legato conditionali; ibi demum dicimus in eo quod filio delatum sit, nihil omnino pendente conditione patri acquiri posse. Hinc discrimen stipulationis et legati non cuiuslibet, sed conditionalis, cum de his pendente conditione alteri acquirendis agitur. Quo posito non ideo negamus utrumque pariter recte acquiri, cum est pure conceptum: quo tempore utrobique obligatio est præsens, etiam si facto personarum hæc genera distinguantur. Plus difficultatis obiicit exemplum donationis caussa mortis. Nam cum quid mortis caussa filiofamilias donatum est, quæ donatio hanc conditionem habet, si is qui donavit prior decesserit, aut si eum donationis non pœnituerit: *Inst. de donat. in pr.* placet, si cum donator moritur, filius inveniatur sui iuris, donatum ei acquiri, non patri, quasi ad id tempus, quo conditio existit, donatio redigatur. Idemque placet et de eo, quod servo mortis caussa donatum est, si servus deinde mortis donatoris tempore liber inveniatur, *L. sed interim*, *§. maritus*, *et §. consequenter*, *supr. de donat. inter vir. et ux.* Et tamen cum quid donatur mortis caussa, quia præsens præsenti dat, *L. inter*, *supr. de donat. causs. mort.* nec ulla datio est sine accipiente; manifestum est in ea acquisitione factum filii intervenire. Ex quo colligi videtur, quod stipulatio conditionalis acquiritur patri, necesse esse aliam caussam videri, quam quod in ea contrahenda factum filii intervenit: alioqui et donatio mortis caussa in filiumfamilias collata eodem modo statim acquireretur patri; et rursum quod legatum conditionale non statim acquiritur, hanc caussam non esse, quia ex facto filii non nascatur: alioqui diversum in donatione caussa mortis probandum esset, cum in ea factum filii versetur. Atque in summa hoc argumento effici videtur, in acquisitione stipulationis aut legati quamvis conditionalis, factum filii ad acquisitionem nihil pertinere, neque adeo debere spectari. Et adversaretur hoc exemplum, si quodcumque factum filii in aliquo negotio intervenisset, ibi propter id factum diceremus patri acquiri per filium. Sed id factum intelligimus, quod valeat ad aliquid acquirendum, quod pro arbitrio alterius pendente conditione revocari non possit: qualis est stipulatio, qualis contractus omnis, a quo invito altero ex contrahentibus discedi non potest. Non est huiusmodi factum, acceptio eius quod mortis caussa donatur. Nihil eo facto proprie acquiritur statim: cum possit, quod ita donatum est, revocari, quoties vult, qui donavit. *L. qui mortis*, *supr. de donat. cau. mor.* quod autem ita datur, nec datum aut alienatum videtur. *L. qui sic solvit*, *infr. de sol.* unde et illud dictum est, non videri perfectam donationem mortis caussa factam ante, quam mors insequatur. *L. non videtur*, *supr. de donat. cau. mor.* Nihil igitur hic ante datum aut quæsitum intelligitur, non magis quam in legato ante, quam testator decesserit. Proindeque cæteris in rebus comparatæ legatis donationes caussa mortis factæ, *L. illud*, *supr. de do. cau. mor.* merito hac quoque in parte acquisitionis in eadem caussa habebuntur. Intellectum est in proposita quæstione, cum de stipulatione per filiumfamilias aut servum acquirenda agitur, recte dici id tempus spectari, quo contrahitur; ut intelligatur stipulationem quamvis sub conditione a filio contractam statim patri acquiri, eoque et conditione quandoque existente, omni modo actionem ei competere. Præterea et illud recte adiici,

ci, *in stipulationibus*, quia diversum ius sit in legatis: ubi et differentiæ ratio exposita est. † Sed Paulus sententiæ suæ
9 rationem reddens, generaliter definitionem concepit his verbis; *quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus*: ut verba quidem ad omnem quæstionem de stipulatione pertineant, sive quæratur de ea acquirenda per alios, sive de eius viribus, seu quo ex tempore spectanda sit, ut valeat; sive quæratur de obligatione et actione, quæ inde nascitur. Qua ex re hæc sententia in multas difficultates incidit. Ac si breviter dicendum est, si uti verbis concepta est generaliter, ita eam generaliter accipimus, multis nominibus falsa est. Cum de viribus stipulationis conditionalis agitur, non contractus, sed existentis conditionis tempus spectatur. Exempla hæc sunt. Si quis rem suam sub conditione stipulatus est, et existentis conditionis tempore res aliena invenitur, valet stipulatio, quæ manente eodem rei statu, qui tempore contractus fuerat, esset inutilis. *L. si rem meam, supr. eod.* Si emptio sub conditione contracta sit; si stipulatio sub conditione novandi animo interposita, et res pendente conditione perierit, neque emptio valet, neque fit novatio, quamvis conditio postea extiterit; quia quo tempore existit conditio nulla res est, quæ possit deberi, etsi quo tempore contrahebatur, fuerit in rerum natura. *L. necessario*, illic, *quod si pendente, supr. de per. et com. rei vend. L. quoties, infr. de novat.* Quod si in stipulatione utili quæremus de actione, quæ inde nascitur, reperiemus ne hic quidem tempus contractus semper inspici. Ut enim in rebus notis versemur, in obligationibus in diem si de petitione agitur, plusquam certum est non spectari id tempus, quo contrahitur, sed quo dies venit: nec ante agi potest. *L. eum, qui calendis, §. ult. supr. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* In stipulationibus sub conditione conceptis ne possumus quidem natura ad petitionem aliud tempus spectare, quam existentis conditionis, cum ante nihil ne debeatur quidem. *d. L. cedere.* Multis ergo modis hæc definitio falsa, si, ut dixi, generaliter accipitur. Quid ergo est? nempe his tot rebus admonemur sententiam quidem verbis hic generalem tradi, sed quæ ad quæstionem propositam referri debeat, et intra terminos eius quæstionis contineri. Species posita de stipulatione conditionali a filiofamilias interposita. Quæstio, an eo, ante quam conditio existeret, emancipato, actio patri competat, si postea existat conditio. Respondetur competere, quia debeamus in stipulationibus spectare id tempus, quo contrahimus. Hoc sic accipiendum est, quasi dictum esset; quia cum de obligatione per alios acquirenda agitur, ut nunc agitur, *in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus*: aliter atque in legatis in quibus si conditionalia sunt, acquisitio redigitur ad id tempus quo conditio existit. Extra quæstionem de acquisitione propositam si definitionem producere volemus longius, verba retinere conantes, sententiam evertemus. Itaque non satis recte fecisse mihi videntur Pandectarum compositores, qui definitionem Pauli hic traditam a suo loco divulsam tanquam generalem inter regulas iuris retulerunt: sic enim extat totidem verbis in *L. non omne, §. ult. infr. de reg. iur.* scilicet, ut sententiam plane falsam efficerent, quæ suo loco exposita, idest, ad institutam quæstionem relata, vera, minimeque obscura videri poterat.

Ad §. Cum fundum stipulatus sum.

Cum fundum stipulatus sum, non veniunt fructus qui stipulationis tempore fuerint.

SUMMARIA.

1. *Fundo in stipulationem deducto, an fructus, de quibus aperte nihil cautum est, debeantur.*
2. *Quatuor enumerat, quæ in proposita quæstione de fructibus acquirendis in dubitationem vocantur.*
3. *Fructus ante litem contestatam a promissore percepti, cur non debeantur*, et n. 5.
4. *Fructus post iudicium acceptum, cur præstentur.*
6. *Fundo promisso, an non fructus fundi tanquam pars eiusmodi promissi intelligantur*, et n. 9.
7. *Fundi appellatione fructus non contineri.*
8. *Principali re pignori obligata, cur accessiones ius pignoris sequantur.*
10. *In fructibus post stipulationem contractam natis quod iuris est, an idem in iis, qui tempore stipulationis fuerunt, defendi possit.*
11. *Fructus pendentes, an fundi pars.*
12. *Fundo simpliciter in stipulationem deducto, an fructus ante litem contestatam saltem ex mora promissoris incipiant deberi.*
13. L. Si fundum, infr. eod. *declaratur.*

1 CUM quis quid dari stipulatur, ut fundum, nec quidquam aperte cavetur de fructibus, an et hos postea captos stipulator consequi debeat, quæsitum est. In quo hæc distinctio Pauli tradita est in *L. videamus*, *§. si actionem*, *supr. de usur.* ut si quidem post litem contestatam capti sunt, præstandi sint: si ante, etiam mora facta, non sint præstandi. Prior pars iuris minime dubii sententiam continet: convenit enim post iudicium acceptum omnem causam, ac proinde perceptos fructus sine exceptione præstandos esse omnibus iudiciis; non tantum si in rem sint, quibus in iudiciis primum hoc ius introductum est; *L. illud*, *supr. de her. pet. L. præterea*, *supra de rei vind.* sed etiam si sint in personam. *L. 2. supr. de usur. L. cum fundus*, *supr. si cer. pet.* Ac ne quis existimaret inique hoc constitui de fructibus, eos præstandos esse, qui debiti non essent (non enim esse debitos ex altera parte distinctionis intelligitur, de quo paulo post) adiectum est in *d.* L. *videamus*, §. *si actionem*, fructus post litem contestatam esse præstandos, *ut causam*: idest, ut aliis locis declaratur, ut id, quod petitor habiturus esset, si res eo tempore restituta esset, quo petita, est *d. L. 2. de usur. d. L. cum fundus*, *si cer. pet. d. L. præterea*, *de rei vind.* Quod eo additum est, ut intelligeremus præstari fructus post litem contestatam captos, non ut ante debitos ex stipulatione, sed officio iudicis: cui hoc commissum est, ut curet omnem *causam*, idest, id omne quod habiturus esset petitor, si res petenti restituta esset, petitori præstari. *L. ædiles*, *§. item sciendum*, *supr. de æd. ed.* Neque huic parti adversatur hic locus, tametsi in eo generaliter scriptum est, cum fundum dari stipulamur, fructus non venire, nec quidquam distinguitur, quando percepti sint, ante, an post litem contestatam; non enim possunt hæc verba, fructus non venire, sic accipi, quasi velit Paulus eos non venire in iudicium, cum de iudicio non loquatur: sed ita accipienda sunt, ut intelligamus eos non venire in stipulationem, qua fundum dari stipulamur: de qua institutus erat sermo. Hoc vero in universum recte dicitur, cum fundum dari stipulamur, fructus postea captos in hanc stipulationem non venire, eoque nec deberi, quandocunque capti sint; neque tamen eo minus vere dicetur eos post litem contestatam esse præstandos, quia tum non ut promissi præstantur, sed ut id quod in causa et iudicio per litis contestationem cœpit versari, ut diximus. Altera pars distinctionis propositæ statuitur quidem etiam hoc loco ab eodem auctore Paulo, sed non perinde expeditam rationem habet, neque adeo cum iis locis, qui de hac re scripti sunt, consentire satis videtur. Quinetiam augetur difficultas hoc loco. Nam cum in superiore distinctione scripsisset indefinite de fructibus, hos ante litem contestatam stipulatorem non consequi; hic diserte cavet non venire eos, qui tempore stipulationis fuerint. Quod non eo expressum est, ut removerentur ii, qui postea nati sunt; sed rei magis confirmandæ causa, ut si hi non veniunt, qui fuerunt tempore stipulationis, argumentum id esset multo minus venire cæteros, de quibus minor dubitatio est: atque ita intelligeretur fundo promisso nullos omnino fructus postea ante litem contestatam captos esse præstandos. † Quatuor autem sunt in summa, quæ hic vocantur in dubitationem, et de quibus ad 2
huius partis atque huius loci explicationem nobis cognoscendum est: Primum quid sit causæ, cur fructus ex eodem fundo natos et perceptos ante litem contestatam, placeat non præstari; qui si percepti essent post litem contestatam, præstarentur. Alterum, quoniam volumus eo fieri, quia fructus promissi non sint, videaturne hoc recte dici in iis rebus, quæ ex fundo promisso natæ sint, ac proinde eiusdem corporis pars fuerint. Tertium, si recte dicitur in iis fructibus, qui post stipulationem contractam nati sunt; an etiam videatur posse defendi in iis, qui fuerunt tempore stipulationis, de quibus hic scriptum est. Postremum, si de omnibus fructibus recte negatur hos venire in stipulationem, an recte statuatur in totum non esse præstandos, etiam si mora a promissore facta sit; de quo illo altero loco comprehensum est a Paulo. Principio ipsa distinctio eius temporis, quod litem contestatam sequitur, nos admonet, ut ante omnia quæramus, quamobrem placeat stipulatorem ante litem contestatam fructus non consequi, quos constet post iudicium acceptum esse præstandos: † Et iam ante dixi, et res ipsa osten- 3
dit caussam in eo esse, quia non debeantur ex stipulatione: quia enim non debentur, fit, ut nec peti possint, eoque nulla sit necessitas præstandi. *L. debitor*, *infr. de verb. signif. L. nihil*, *supr. prox. tit.* Sed cur non debentur? declarat Paulus hoc loco, cum ait eos non venire. Non enim significant hæc verba eos præstandos non esse, quanquam hoc ex illo efficitur: sed hoc exprimunt, fructus non venire in fundi stipulationem, in stipulationem non de-

du-

duci, stipulatione non contineri: denique appellatione fundi non promitti: quam vim esse huius verbi docui ad *L. si pœnam*, *supr.* Unde iam sua sponte intelligitur non esse præstandos; id enim solum debetur ex stipulatu, quod deductum est in stipulationem, atque adeo quod expressum est verbis stipulationis: quod his comprehensum non est, non debetur. *L. quia tantumdem*, *supr. de neg. gest. L. quidquid*, *infr.* Quid ergo? qui fructus ante litem contestatam non debebantur, post iudicium acceptum incipient deberi? minime, ex eadem regula, quod non possit quidquam deberi ex stipulatione, quod non sit ante in stipulationem deductum; neque porro litis contestatione nova stipulatio aut obligatio
4 introducitur de fructibus. † Cur ergo præstantur post litem contestatam? quia vis iudicii hæc est, in eoque hoc officium Iudicis, ut quale quidque est, cum petitur, tale præstari debeat. Quod si factum esset ab initio, habere potuisset actor et fructus, et quæcunque alia propter rem obtingere potuerunt. Proinde et ista officio Iudicis præstantur. *L. 2. supr. de usur. d. L. ædiles*, §. *item sciendum*, *supr. de æd.*
5 *ed.* † Ante cum nullus Iudex sit, necesse est evenire, ut fructus tunc capti non debeantur: neque ex stipulatione, in quam deducti non sunt; neque officio Iudicis, qui per id tempus, quo iudicio actum non est, nullus esse potuit. In futurum autem iudicium ideo non possunt deduci, quia id solum in iudicium deduci potest, de quo est actio iure constituta: *L. extat*, *supr. quod met. cau.* nulla est autem actio de eo, quod non debetur. *L. nihil*; *supr. prox. tit.* Denique iudicium ante quam aliquid debeatur, esse non posse diserte scriptum est in *L. non quemadmodum*, *supr. de iud.* Non sunt ergo in summa ex stipulatione præstandi fructus ante litem contestatam capti, quia non debentur: atque ideo non debentur, quia in stipulationem deducti, quia promissi non sunt. In hac ratione posita sunt omnia etiam pro eo tempore quo mora facta est: quod enim ante moram non debetur, id ut debeatur postea, mora non faciet, ut postea dicemus. Sed ita rem hæc ratio continet, si modo
6 etiam vera sit. † At videamus, quod secundo loco quæsitum est, ne potius dici debeat in stipulationem fundi una cum fundo promisso etiam fructus fundi deduci. Nam fructus quandocunque nascantur, sunt ex fundo, et quidem ita, ut dum pendent, ei cohæreant et eiusdem corporis velut partem efficiant. Quidquid est in re aliqua ita, ut rei cohæreat, et maxime si cohæret natura, id ut pars quædam appellatione rei contineri videtur, et si quid de re convenerit, videtur etiam ad illud pertinere: quod in fructibus pignoris constituti facile potest intelligi. Cum fundus pignori datus est, etiam si nihil aperte dictum sit de fructibus, tamen fructus etiam pignori esse intelliguntur: nam etsi mancipia in caussam pignoris ceciderunt, ea quoque quæ ex his nata sunt, eodem iure habentur. *L. Paulus supr. de pig.* Si nuda proprietas data sit pignori, ususfructus qui postea accesserit, pignori erit. In eadem caussa est; si quid alluvione fundo accrevit. *L. si convenerit*, §. *si nuda*, *sup. de pig. act. L. si fundus*, *supr. de pig.* Atqui pignus, quod quidem constituatur a privatis, nullum est sine conventione. *L. 4. supr. de pig. L. Aristo*, *supr. quæ res pig. obl. pos.* Ex quo apparet, cum de re aliqua in pignore dando convenit, vi ipsa et de accessionibus, ut fructibus, partu, fœtu, alluvione convenisse videri: quasi et hæc contineantur rei datæ appellatione. Quod ut de significatione et complexu rei probari non posset; attamen verendum est, ne hoc ipsum, quod dicimus videri potius in hanc stipulationem, *fundum dari*, venire etiam fructus, aperte confirmetur in *L. in conventionalibus*, §. *ult. supr.* ubi scriptum est hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, non nudum factum contineri, sed *causam bonorum.* Et vero necesse est ea sententia id quod dicimus, confirmari, si *causam bonorum* continere, significat continere quidquid stipulator ex bonis capere potest, quod quidam putant; neque enim causa dici potest, cur si stipulatio, *vacuam possessionem tradi*, causam bonorum continet, non contineat etiam hæc, *fundum dari*: cum plus sit dare, quam tradere. His autem verbis, *vacuam possessionem tradi*, contineri fructus postea captos Papinianus scribit in *L. 4. supr. de usur.* † 7
Sed nihil verius, quam appellatione fundi fructus non contineri, sed esse has res natura et significatione maxime disiunctas. Nam fundus esse potest sine fructibus, et fructus sine fundo tunc, cum a fundo separati sunt: et quamvis fructus ex fundo, atque adeo in fundo sint; tamen fundus est id quod fert: fructus id quod fertur: quæ natura unum et idem esse non possunt. Fundus est res immobilis; fructus a fundo separatus res mobilis: de quo etiam nonnihil paulo post. Proinde nec stipulatione fundi, eo verbo continentur fructus postea capti, et separati a solo, de quibus agi-

agimus. Neque vero quod in pignore, fundo pignori obligato, sequuntur fructus; quod mancipiis vel pecoribus pignori datis, etiam ea quæ inde nata sunt, pignori esse intelliguntur, argumento est fundi aut animalium appellatione contineri earum rerum accessiones, aut conventione de his rebus interposita, simul etiam accessiones
8 in conventionem venire. † Hæc enim omnia pignore constituto recepta sunt de accessionibus, quia re pignori data, non obligatur eo facto persona dantis, sed res ipsa: pignus enim in re est, non in persona; unde actio de pignore, in rem, non in personam. *L. pignoris*, *supr. de pig. L. pignoris*, *C. eod.* Ea res facit, ut re principaliter pignori obligata sequantur accessiones ius pignoris: non propter conventionem, quasi et de his convenerit; sed propter coniunctionem, et consequentiam rei principalis: quia enim aliquando in re pignori obligata esse cœperunt, eique cohæserunt, ideo tanquam pars quædam cœperunt eodem iure et conditione esse, qua corpus obligatum fuit, vocatæ in eam causam propter coniunctionem; ac separatæ retinent ius pignoris, quo semel nexæ sunt. Quod non similiter contingit in accessionibus fundi promissi: fundus enim promissus nullo afficitur proprio iure, in cuius nexum vocet eas res, quæ postea ei accesserint: sed eo promisso obligatur persona promittentis, non fundus. Ideo si fundus alii tradatur postea, nihil iuris in eum fundum stipulator habet, nec cum possessore potest agere. L. *quoties*, *C. de rei vind.* quod secus est in pignore, si id debitor alienaverit. L.
9 *distractis.* L. *debitorem*, *C. de pig.* † Quapropter nec accessiones fundi promissi in eandem obligationem trahentur, si quæ postea fundo fuerint adiunctæ. Non ergo recte ita colligitur; fundus debetur: ergo debebitur et fructus, qui ex fundo est. Imo contra ita colligi debuit: fundus debetur ob eam causam, quod in stipulatum deductus est, nec deberetur ex stipulatu aliter: ergo fructus postea capti non debebuntur; quia promissos et in stipulatum deductos non esse apparet. Sane si quod accessit fundo, etiam tunc cohæret, cum fundus petitur, non nego id cum fundo iudicio præstari debere, non tantum si alluvione accesserit, aut ususfructus accessione; sed etiam si erunt fructus fundi pendentes. Quod enim tunc cohæret, etsi percipitur postea ante quam præstetur fundus, tamen non potest, quin percipiatur post litem contestatam: post quod tempus omnis caussa præstanda est, ut diximus *d.* L. 2. *de usur.* L. *cum fundus*, *supr. si cert. pet.* Quod si antequam iudicio ageretur, a fundo separata sint ea, quæ accesserant, quæ modo natura separari possunt et debent, ut sunt fructus; hæc non amplius post litem contestatam percipi possunt, neque ab initio in stipulationem venerunt. Quo fit, ut amplius nulla sit necessitas ea præstandi, cum iam peti non possint. Quod affertur ex L. *in conventionalibus*, §. *ult. supr.* hanc stipulationem, vacuam possessionem tradi, continere caussam bonorum, nihil ad confirmandam fructuum postea captorum præstationem facit: non quod non idem multo magis dici debeat de hac stipulatione, fundum dari, cum multo plus sit rem dare, idest, plenum dominium rei transferre, quam possessionem rei tradere, quamvis vacuam; ad quod demonstrandum non est multis opus: sed quia *caussa bonorum*, quæ illic nominatur non significat quidquid stipulator habere potuit fundo accepto, eoque et fructus: verum traditionem, quæ esset caussa, seu quæ efficeret, ut res inciperet esse in stipulatoris bonis: non tamen res quælibet, sed res stipulatione comprehensa; ergo fundus, de quo cautum est: non etiam fructus fundi, qui stipulationis verbis non continentur. Nam ut *caussam* illic interpretemur quidquid stipulator fundo accepto habere potuit, non patitur usus loquendi omnium iuris auctorum, qui cum caussam præstandam esse dicunt, *caussæ* verbo intelligunt, non quæ antecesserunt litem contestatam, sed quæ secuta sunt, quæ haberet petitor, si cum res iudicio petitur, restituta esset. *L. illud*, *de her. pet. L. præterea*, *supr. de rei vind. d. L. cum fundus*, *supr. si cer. pet. d. L. 2. supr. de usur.* Et præterea caussam simpliciter vocant, non caussam bonorum; ut intelligamus hoc verbo significari id quod in caussa et iudicio continetur officio Iudicis. Tum autem nihil minus consentaneum est, quam dici, cum tantum vacuam possessionem tradi stipulati sumus, venire in stipulationem id quod stipulator re statim accepta habere potuisset: cum autem stipulati sumus rem dari, non venire. Sed obstat nobis *L. 4. de usur.* in qua Papinianus, ex hac stipulatione, *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, fructus postea captos propter inferiora verba stipulatorem consecuturum scribit. Nos et de hoc loco, et de tota hac stipulatione, *rem tradi*, tum *vacuam possessionem tradi*, quam vim et sententiam haberent abunde scripsimus ad *L. in conventionalibus*, §. *ult. supr.* Si quis hoc loco moveatur forte exemplo emptionis, in qua fructus statim post emptionem contractam em-

emptori iudicio empti præstandi sunt; *L.* 3. §. 1. *supr. de act. em.* L. 4. §. *ult. supr. de usur.* sciat nihil exemplum ad stipulationem aut cæteros contractus omnes, in quibus de re danda aut præstanda agitur, pertinere: non quod emptio sit bonæ fidei; nam nec continuo in bonæ fidei iudiciis aliis, prius quam mora facta sit, fructuum aut usurarum ratio habetur. L. 3. *ver. cæterum*, iuncto §. 1. *L. mora*, §. *in bonæ*, *supr. de usur.* sed quia proprium hoc ius est emptionis, ut hac contracta periculum rei venditæ statim pertineat ad emptorem: unde et commodum eius statim esse debere placuit. §. *cum autem*, *Inst. de empt. et vend.* Verum est igitur, cum fundum dari stipulamur, fructus non venire. Atque hoc in fructibus post contractam stipulationem natis minus dubitationis habet, et statim admitti potest: neque enim fundi certi appellatione alius fundus nominari, et in stipulatum deduci intelligitur, quam is qui fuit tempore stipulationis. *L. fundum*, *in fin. infr. de nov.* proinde nec huius appellatione quidquam aliud, nisi quod tunc sit ex fundo. Eius porro fundi partem ullam obtinere dici non possunt ii fructus, qui non modo non fuerunt tum in fundo, sed ne in rerum qui-
10 dem natura omnino fuerunt. † At quid si fundus promissus sit pendentibus fructibus? nonne dicemus hos saltem in stipulationem fundi venire, quia fundi pars sint? Negat hos quoque venire Paulus, de quibus hic nominatim definitio concepta est. Hoc vero defendi posse non videtur. Itaque hoc fuit tertium, de quo hic nobis videndum esse diximus separatim. Non moveor exemplo emptionis; in quo genere traditum est, si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere: *L. Iulianus*, §. *si fructibus*, *supr. de act. em.* fit enim hoc, non quia fructus fundo cohæserunt tempore emptionis; sed quia proprium hoc ius sit, ut dixi, emptionis, ut fructus omnes rei venditæ postea capti emptori cedant, ut et commoda omnia: nam etsi postea fructus nati essent, non minus hi pertinerent ad emptorem. Ne illud quidem multum nos moverit, quod re in fraudem creditorum alienata, non rem solum alienatam, sed etiam fructus, qui tempore alienationis cohærent, ex edicto restitui oportet. *L. ult.* §. *non solum*, *supr. quæ in frau. cred.* hoc enim ideo constitutum est in hac caussa de iis fructibus, non quia hi solum fuerint in fundo, aut ex fundo: sed quia ut fundus, sic ii quoque fructus in bonis fraudatoris fuerint, ut ibidem ratio addita est. Quæ res facit, ut debitor eum fundum, cui fructus cohæserunt, alienando, intelligatur pariter utrumque alienasse, et fundum et fructus, utrumque eiusmodi quod et in bonis habuerit. Utrumque autem ita alienando, separatim utriusque repetendi caussam creditoribus dedit. Neque id aliter fieret ex caussa stipulationis, cum fundum stipulatus quis est plenum fructibus: si enim de fundo et de fructibus aperte cautum esset, ut sic de utroque promissor actionem constitueret stipulatori, sine dubio et fructus stipulator hic quoque consequeretur. Distant igitur ista a fundi stipulatione; ac cur in his pendentes fructus præstentur, proprias et constitutas, nec eas obscuras caussas habent. † Illud non te- 11
mere nos moveat, quod fructus pendentes partem fundi esse scriptum est in *L. fructus pendentes*, *sup. de rei vind.* et ut scriptum non esset, tamen ipsum per se videtur esse in promptu: cohærent enim segetes fundo, et quidem ita, ut hoc ipsum quod sunt, accipiant a fundo, non hominum opera, sed natura: aluntur enim et crescunt terræ alimento. *L. si meis*, §. *arbor*, *supr. de acq. rer. dom.* Quamobrem non tam fundo cedunt, quam sunt fundi: nam fundi esse dicuntur ab Africano in *L. si servus communis*, §. *locavi*, *infr. de fur.* unde et fundus ipse seu solum dicitur segetem facere domini magis, quam ipsius cultura aut satio in *L. si quis sciens*, *C. de rei vind.* Hoc si ita est, licet ita argumentari; qui totum stipulatur, is et totius partes omnes, quæ tempore stipulationis fuerunt, stipulari intelligitur, in toto enim continetur et pars. *L. si quis cum totum*, *sup. de ex rei iud.* Unde qui fundo promisso sic fundum dat, ut pars aliqua non dico corporis, sed etiam iuris desit, stipulationi non satisfacit, ac nihilominus quasi non dedisset, tenetur adhuc. *L. eum, qui ita*, §. *pen.* *L. qui usumfructum*, *supr. eod.* *L. cum filius*, §. *dominus*, *supr. de leg.* 2. At qui stipulatur fundum pendentibus fructibus, is totum stipulatur, cuius tum pars sint pendentes fructus, ut diximus. Proinde qui eum fundum stipulatur, una quoque et fructus pendentes stipulari intelligitur. Veniunt ergo hi fructus in eam stipulationem, deducti aperte in eam appellationem fundi, cuius sunt partes. Et dicunt ista, fateor, probabiliter, ut existimentur fructus pendentes pars esse fundi: sed re vera in totum fructus fundi pars non sunt, non dico iam percepti, sed ne pendentes quidem, quod ita demonstrari potest. Id cu-

cuiusque rei pars dicendum est, sine quo totum exsistere non potest: quo eodem sublato aut totum esse desinit, aut certe non idem, vel non tantum futurum est, quod aut quantum ante fuerat. At fundus potest esse sine fructibus pendentibus natura: sed et fructibus a fundo separatis, nihilominus idem fundus est omni ex parte, qui fuerat; fructus igitur fundi pars non sunt. Præterea cuiusque rei partem eiusdem naturæ esse oportet, cuius est totum, cuius pars est. At fundus res est soli: fructus mobiles, quod loco moveri possunt; non sunt igitur fructus pars fundi. Nec ad rem pertinet, quod quandiu fundo cohærent, non moventur, non enim spectandum est, quid tunc fiat, cum cohærent; sed quid in his fieri possit: possunt autem moveri loco, qui nunc cohærent: possunt enim a fundo separari. Imo vero ideo feruntur a fundo, ut aliquando percipiantur, idest, separentur. Et tigna, lapides, cæmenta, quæ cohærent ædibus, quandiu iniuncta sunt, non moventur; non eo tamen minus sunt mobilia, quia ab ædibus separari et loco moveri possunt. L. *eum, qui ædes, supr. de usur.* At dicuntur fructus pars fundi in L. *fructus pendentes, de rei vind.* Non ita est: sed verba ita sunt: *fructus pendentes pars fundi videntur.* Hoc recte: *videntur* enim, non *sunt*: idque ex eo evidenter apparet, quod quamvis fructus exemeris, nihilominus idem fundus manet, qui prius fuerat, constans suis partibus omnibus, ut prius. Cur ergo dicuntur fructus pendentes videri pars fundi? quia ad quemcunque fundus pervenit, eum quoque sequuntur fructus solo cohærentes. Similiter ut fundo dato sequerentur accipientem omnem fundi partes; itaque hac in re partis instar obtinent. Neque ideo tamen sunt pars: cum ad componendum et constituendum id totum, quod appellatur fundus, non sit opus fructibus, sine quibus fundus natura esse potest, ut dixi. At certe fructus qui solo cohærent, dicuntur aperte ab Africano *fundi esse*, non *videri*, d. L. si servus communis, §. *locavi, inf. de fur.* Et hoc verum est: sed non ideo sunt pars fundi. Dicuntur enim fundi, quia fundus eos in se habet, et continet, eos tanquam alter quidam dominus a se prolatos domino suo reddit: qua ratione eos domini sui facere dicitur in *d. L. si quis sciens, C. de rei vind.* Sed non ideo, inquam, pars fundi dicendi sunt: nam et quæ habemus, quorum domini sumus, nostra sunt; quæ tamen nemo dixerit nostri esse partes. Sed an non fundus, qui pendentibus fructibus promissus est, potest peti et pendentibus fructibus? non dubium, quin possit: si quidem pure promissus etiam præsenti die debetur, unde et præsenti die peti potest, §. *omnis, Inst. eod.* Atqui si petitus erit, eveniet, ut eos quoque fructus stipulator consequi debeat, qui tempore stipulationis fuerint: quia tale quidque dari debet, quale fuit, cum petitur, *d. L. 2. supr. de usur.* An non igitur saltem hoc casu falsum erit, quod hic simpliciter dicitur, eos fructus non venire? Minime: quod enim dicitur non venire eos fructus, docui initio sic interpretandum esse, ut non veniant in stipulationem, eoque nec ex ea causa peti possint. Quod est verissimum: nam quandiu pendebunt, non petentur ipsi, sed solus fundus: sic deinde post litem contestatam per consequentiam rei petitæ fructus accedent, aut tanquam pars fundi, si tempore sententiæ adhuc pendebunt; aut tanquam causa, si ante percepti fuerint, ut supra ostendimus. Quod si in stipulationem fundi ne ii quidem fructus veniunt, qui tempore stipulationis fuerunt, quo fit, ut nec ante litem contestatam percepti peti possint, vel debeant præstari; relinquitur recte in universum definiri, cum fundum stipulatus quis est, nullos fructus postea ante litem contestatam captos stipulatorem consequi posse, sive postea nati sint; sive iam tunc fuerint, cum stipulatio est interposita. Cum stipulatus quis est, inquam, fundum dari: nihil amplius. Nam sive cautum est etiam aperte de fructibus; sive id adiectum, quo significetur de his actum esse; dicendum erit fructus stipulatione contineri, eoque etiam esse præstandos. Actum autem esse interpretatur Papinianus in hac stipulatione, *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, propter inferiora verba. *L. 4. supr. de usur.* de quo dixi ad *L. in conventionalibus*, §. *ult. supr.* † Restat postremum in ea sententia, 12
quæ proposita est, ut videamus, an ne sic quidem eos fructus consequatur stipulator, quamvis mora a debitore facta capti sint: quod Paulus nominatim complexus est in *d. L. videamus*, §. *si actionem, supr. de usur.* Et recte Paulus; estque plane consequens ei rationi, quam supra hoc loco statui diximus. Nam si fructus ab initio non debentur, quia in stipulationem non veniunt, ut hic scriptum est: mora quæ postea secuta erit, ut deberi incipiant, non faciet. Aut enim ex stipulatione incipient deberi, aut officio Iudicis. Ex stipulatione non possunt, quos constat in eam deductos non

esse. Neque enim mora inducit novam stipulationem. Officio Iudicis deberentur accessiones ex mora in bonæ fidei iudiciis. At ex stipulatione nihil deberi potest ante litem contestatam, neque ullo modo in iudicium deduci, nisi de quo nominatim stipulatio concepta sit. *L. quia tantumdem, supr. de neg. gest. Inst. de obl. ex cons. in fin.* Quo fit, ut in stipulatione ne ex mora quidem fructus postea capti incipiant deberi ante litem contestatam: tantum ideo, quia ab initio in stipulationem non venerint. Hic tamen quædam nos impediunt. In primis ipsius rei æquitas notis regulis iuris constituta: sic enim de mora traditur, nulli moram suam prodesse debere: hoc amplius etiam unicuique nocere. L. *hominem, in fin. supr. mand. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Deinde quod re post moram deteriore facta placet habendam esse æstimationem, quando deterior res facta sit. L. 3. *supr. de cond. trit.* Postremo, quod de hac specie, fundum certo die præstari, nominatim scriptum est in L. *si fundum, infr. eod.* si nimirum per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum stipulatorem, quanti sua intersit moram factam non esse. Sed nihil horum efficit fundo simpliciter in stipulatum deducto, fructus ex mora esse præstandos. Primum quod dicitur moram suam unicuique nocere, hactenus verum est, ut noceat in eo, quod debetur; dum id quod debetur, facit, ne desinat deberi, quamvis postea perierit. Ut autem quod prius non debetur, incipiat deberi, non facit, ut supra ostendi. Neque ea res stipulatori damnosa erit, si velit: qui si sibi consultum esse vult de fructibus adversus promissoris moram, potest cum illo ante, quam fructus percipiat, iudicio experiri, et fundum petere, quod si facit deinceps una cum fundo omnis causa accedet officio Iudicis: in qua insunt et fructus, *L. 2. de usur.* Illud vero, quod dicitur æstimationem habendam esse, quanto deterior res facta sit post moram, scio movisse Bartolum hoc loco, ut diceret perceptis post moram fructibus non quidem fructus separatim peti posse, sed ita posse agi de fundo, ut æstimari debeat, quanto minoris nunc sit fundus, quam prius fuisset, maturis et stantibus fructibus. Sed non fuit, cur superiore ratione motus in hanc sententiam non necessariam se coniiceret; non enim sit res deterior exonerata fructibus suis, sed ut plurimum melior: ut animalia fœtum gestantia tum meliora et ad usus nostros aptiora esse incipiunt, cum pepererunt. Certe non fit deterior gallina posito ovo; aut equa vel ovis edito fœtu, sed expeditior et alacrior; idemque et de fundo dicendum est, qui exemptis fructibus levatur quodammodo suo onere, ac nihilominus idem fundus manet, qui fuerat. Fieret deterior, si amplius non posset eosdem fructus ferre. At quandiu tantundem poterit, eodem statu, eademque bonitate esse iudicandus est, etiam post perceptionem. Fateor fundum fructibus stantibus pluris esse, quam tum, cum in eo nulli sunt fructus. Sed hoc ideo contingit, quia plura sint corpora, quæ tunc æstimentur, fundus scilicet, et fructus fundi: non quia fundus solus sit tanti. De solo autem fundo nunc agimus, quoniam fundus simpliciter in stipulatum deductus proponitur. † De *L. si fundum, infr. eod.* variæ sunt sententiæ: de ea igitur paulo attentius videamus. Ait Ulpianus; *si fundum certo die præstari stipuler.* si dixisset *tradi*, dici posset non esse mirum, si in ea specie responderetur post moram venire id quod interest; quia hæc faciendi stipulatio esset. L. *stipulationes non, supr. eod.* quo in genere si non fiat, quod promissum est, constat venire in stipulationem id quod interest. *L. si pœnam, d. L. stipulationes, ver. Celsus, supr.* Sed Ulpianus utitur verbo *præstandi*: ut intelligeremus nihil apud eum referre in ea specie, utrum ego stipuler fundum certo die tradi, an vero certo die dari: et utrum factum erit, consecuturum me post moram quod intersit mea, moram factam non esse. Verbum enim *præstare* commune est: qui tradit, præstat. *L. ex empto, supr. de act. em.* Sed et qui dat, recte præstare dicitur. Caussa omnis præstanda est: idest, efficiendum, ut habeat actor, quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit, res restituta esset. *L. illud, supr. de her. pet.* iuncta L. *præterea, supr. de rei vind.* fit autem ut habeat fructus et reliqua, quæ extare desierunt, dando, non tradendo. Quod ait, *si per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse*, non obscure significat posse me consequi non tantum pretium fundi, sed etiam fructus postea captos: fundum enim habere propter fructus mea interest. Fundum si habuissem, percepissem fructus, quibus ideo careo, quia fundum non habui. Est autem id quod interest, quod abest, cum possemus habere, quodque lucrari potuimus. *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* In eoque genere omnium confessione habetur, si circa rem

rem consistit id, quod habituri fuerimus. *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *supr. de act. em.* Tales autem sunt cuiusque rei fructus, aut omnino quod circa consistat, nihil est. Et vero in eo quod interest in re quaque æstimando prima ratio habetur fructuum, ut constat ex *L.* 1. §. *non solum supr. unde vi.* Neque hic audiendi sunt, qui dicunt fructibus petitis plus stipulatorem consequi, quam si agat in id quod interest: quod Bartolus in hac specie ad conciliationem horum locorum tentat efficere: quantumcunque enim fructuum percepit promissor ex fundo quamvis diligentissimus et optimus paterfamilias, tantum ego percipere potui natura vel per me, vel per alios. Cum autem de fructibus æstimandis agitur, non quid habeat petitor ex suis fundis, aut quid habere soleat, sed quid ex eo, qui restitui debuit, habere potuerit, spectandum est. *L. si navis*, §. *ult. supr. de rei vind.* de quo et scripsi alias in *Commentario de mora*. Quid ergo est? dicendum est multum interesse, utrum stipuler, fundum dari simpliciter; an fundum dari, præstari certo die. Illic fructus non præstantur, quia in stipulationem non veniunt, ne post moram quidem, quæ sententia hic statuitur, et *d. L. videamus*, §. *si actionem*, *de usur.* Hic præstantur, si sua die fundus datus non sit, quia hac conditione deductum est in stipulationem id quod interest, et per hoc fructus, quicunque præstito fundo haberi potuissent. Diei certi adiectio hanc in se conventionem habet: non enim frustra dies adiectus est: aperte adiectio huc spectat, ut præstetur eius temporis utilitas. Ut ergo cum stipulor aliquid certo loco dari, eius loci utilitas venit, quia adiectione loci, idest, conventione eius loci utilitas petita est. *L.* 2. *in princ. et* §. *ult. supr. de eo quod cer. loc.* Ut præterea cum stipulor mihi aut Titio, utrum ego velim, adiectione personæ id cavisse intelligor, quod illi dari mea interest, placetque ob eam caussam si illi datum non sit, id ipsum quod mea interest, peti posse. *L. liber*, §. *ult. infr. eod.* Sic omnino et cum certo die dari stipulor, diei adiectione tanquam conventione eius temporis utilitas in stipulationem deduci intelligitur. Unde in hac adiectione intervenire utilitatem temporis, quæ et ipsa præstanda sit, scriptum est in *L.* 4. *in princ. supr. de eo quod cer. loc.* In his autem adiectionibus tribus loci, personæ, temporis, spectari earum rerum utilitates, ac si datum non sit, ut de his rebus convenit, æstimari eas utilitates propter conventionem, pluribus ostendi in Commentario *de eo quod interest. Cap. penult. circa finem.*

Ad L. Si procuratori. 79.

Paulus lib. LXX. *ad Edictum.*

Si procuratori præsentis fuerit cautum: ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.

Species, in qua per liberam personam alteri actio acquiritur, exposita ad *L. stipulatio ista* §. *alteri*, *supr.*

Ad L. Quotiens in Stipulationibus. 80.

Idem lib. LXXIV. *ad Edictum.*

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur, in tuto sit.

SUMMARIUM.

1. *Regula de interpretatione sitpulationibus ambiguæ.*

1 Locus est de interpretatione ambiguæ stipulationis, continens exceptionem illius regulæ, in stipulationibus cum quæritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse, quæ traditur in *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* exemplum exceptionis appositum habemus in *L. eum qui Calendis*, *supr.* Vide quæ scripsi de tota quæstione ad *L. ubi*, *supr. de reb. dub.*

Ad L.

Ad L. Quotiens quis. 81.

Idem lib. LXXVII. *ad Edictum.*

Quotiens quis alium sisti promittit, neque adiicit pœnam, puta vel servum suum, vel hominem liberum: quæritur an committatur stipulatio. Et Celsus ait, et si non est hic stipulationi additum nisi steterit: pœnam dari: id quanti interest sisti, contineri; et verum est quod Celsus ait. Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.

SUMMARIA.

1. *Promittens se alium stiturum obligatur.*
2. *Stipulatio hæc*, Illum sisti promittis, *an pœna nulla adiecta valeat.*

CUM quis alium se stiturum promittit, hoc modo, Illum sistes? sistam: nulla dubitatio est, quin stipulatio consistat. *L. stipulatio ista*, §. *pen. sup.* aperte enim hoc verbo sub agendi significatione promittit se facturum, ut alius stet; id quod verbum *sistere* Latinis significat. Ita de suo facto promittit; quod unumquemque facere posse certum est. † At si alium sisti promittat, ita concepta stipulatione, illum sisti promittis? impersonali verbo, incidit res in dubitationem, an stipulatio valeat, quoniam hoc verbo promittit per omnes etiam maxime extraneos futurum, ut alius stet: in quo factum alienum non obscure promittitur: ac factum alienum inutiliter promitti constat: nisi pœnam adiecerit stipulator, si ille de quo cautum est, status non esset, *d. L. stipulatio ista.* Et placuit stipulationem valere, etiam nulla adiecta pœna quod hic scriptum est, et *L. ult. supr. si quis in ius voc.* In quo ad diluendam obiectionem eadem responsio est parata, quæ de illa stipulatione, mihi habere licere spondes, in *d. L. stipulatio ista*, eum nimirum, qui promittat alium sisti, promittere quidem per alios futurum, ut ille stet: sed promittere etiam per se futurum. Quatenus promittat factum alienum, stipulationem non tenere: quatenus promittat de se, ipsum obligari. Ac nulla pœna adiecta committetur stipulatio in id quod stipulantis interest illum sisti, ut fit in omnibus faciendi obligationibus. *L. si pœnam*, §. *ult. Instit. eod.*

Ad §. Si procurator sisti.

Si procurator sisti aliquem sine pœna stipulatus sit, potes defendi, non suam, sed eius cuius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse: idque fortius dicendum, *si quanti ea res*, stipulatio proponatur procuratoris.

SUMMARIA.

1. *Procurator aliquem sisti, an recte stipuletur, et quæ dubitandi ratio.*
2. *Procuratoris quatenus intersit alium sisti.*

SUpra scriptum est, hanc stipulationem, illum sisti spondes, valere, quamvis nulla pœna adiecta. Si dominus in causa sua ita stipuletur, admittendum est:
1 † etiamne, si in causa domini idem stipuletur procurator? Novet quæstionem, ut indicatur in *L. pen. supra, si quis caut.* quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem attinet, nihil interest sisti; constat autem inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur, quod sua non interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* et præsertim si consistat stipulatio in faciendo: in quam id venit, quod stipulantis interest. *L. si pœnam, supr.* Et hic scriptum est, itemque in *d. L. pen. supr. si quis caut.* explicatius, etiam in persona procuratoris hanc stipulationem esse utilem. Nam si quæratur de eo quod interest, non procuratoris, sed eius cuius negotium gessit, utilitatem in ea re spectandam esse; hanc in stipulationem deduci, ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur, proinde et tan-

tantum possit petere. Sed hac ratione, dicet aliquis, non tollitur obiectio, sed adstruitur: ut enim inutilis sit stipulatio, satis est nihil interesse stipulantis, *d.* §. *alteri*, quod hic fieri confirmatur superiore responso, et nominatim confitetur Neratius in *d. L. pen. si quis caut.* Dicendum est nihil hic proprie et principaliter interesse procuratoris alium sisti, et ut Neratius loquitur, quod ad ipsius utilitatem (intellige proprium) attinet, nihil eius interesse: nam si domini nihil interest, ne procuratoris quidem intererit. De hac utilitate sentit illic Neratius, et hoc loco Ulpianus, cum utilitatem procuratoris negant in sti-
2 pulationem venire. † Sed non ideo in hac re procuratoris alium sisti nihil interest, si domini intersit: imo vero quanti id fieri domini interest, tanti interest et procuratoris per consequentiam propter obligationem mandati, qua domino tenetur: obligatur enim domino, ut quanti eius interest, tantum iudicio persequatur, quod consecutus illi præstet. Quod nisi fit, tantum illi iudicio mandati præstare cogitur. *L. si quis mandatu, supr. de neg. gest.* Itaque qui domini interesse dicunt, et hoc deduci in stipulationem, vi ipsa et hactenus procuratoris interesse statuere intelliguntur; sic tamen, ut hoc totum pendeat ex domini utilitate.

Ad L. Nemo rem suam. 82.

Idem* lib. LXXVIII. *ad Edictum.

Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suæ non utiliter. Sane rem meam mihi restitui recte stipulari videor.

DE stipulatione rei meæ dixi ad *L. si rem meam*, 31. *supr.*

Ad §. Si post moram.

Si post moram promissoris homo decesserit: tenetur nihilo minus proinde ac si homo viveret: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.

EXpositus est hic locus ad *L. si ex legati causa*, 23. *supr.*

Ad L. Inter stipulantem 83.

Paulus* lib. LXXII. *ad Edictum.

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet dolum abesse, abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet: sed curaturum se ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus, *habere licere*: item, *neque per te, neque per heredem tuum fieri quo minus fiat.*

SUMMARIA.

1. *Factum alienum inutiliter promittitur: cuius iuris ratio a Paulo hic proposita declaratur; excipiuntur duæ species*, et n. 4.
2. *Promittens non de se, seu non se daturum facturumve, duas ob causas non obligatur.*
3. *Promittens alium daturum facturumve non videtur promisisse se curaturum, ut ille alius det aut faciat.*
5. *Prætoria stipulatio*, Rem ratam dominum habiturum; *et hæc conventionalis*, Illum fideiussurum spondes, *etsi sint de facto alieno, sunt tamen utiles, et quæ ratio.*
6. *De stipulationibus ædilitiis.*
7. *De stipulatione*, Dolum malum abesse abfuturumque esse, *et similibus hoc loco tractandi quæ Paulo fuerit occasio; deque vi earundem.*

UT

1 UT stipulatio utiliter ita contrahi non potest, ut alteri detur, aut fiat, quam stipulanti; *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* sic non potest ita, ut alter det aut faciat, quam promissor: de quo ita est regula iuris tradita hoc loco, et in §. *si quis alium*, *Instit. de inut. stip.* si quis alium daturum, facturumve promittat, non obligatur: et alibi his verbis, *factum alienum inutiliter promittitur.* L. sicut, *inf. de fid. d. L. stipulatio ista*, *in prin. sup.* Quod qua ratione constitutum sit, non immerito dubitatur: dum enim deducatur in obligationem, quod natura sua fieri potest, nihil esse videtur impedimento stipulationi. *L. si stipulor*, *supr. hac ead. L.* §. *sacram*, illic, *quia præsentis.* Dubium autem non est, quin ut alius det aut faciat, res sit eiusmodi, quæ possit fieri natura. Ergo huius iuris rationem reddidit Paulus hoc loco, quia *inter stipulantem*, inquit, *et promittentem negotium contrahitur.* Si *negotium* hic intelligimus stipulationem, ratio adversus eum facit: nam et cum quis promittit alium daturum, facturumve, contrahitur stipulatio inter stipulantem et promittentem: unde concludi oporteret etiam hic stipulationem recte contrahi, et inde obligari promissorem. Sed *negotium* accipi debet, negotium, res, seu caussa dandi faciendique de quibus conficitur stipulatio. Hoc negotium inter stipulantem et promittentem contrahitur, idest, contrahi debet, ut stipulatio valeat, seu iure contrahitur, non aliter. Ut illud apud Iustinianum. *Inst. eod.* in princ. *verbis stipulatio contrahitur*, valet, verbis contrahitur, non aliter. Item illud, ex *L. continuus*, §. 1. infr. *stipulatio ex utriusque consensu perficitur*, declarat, perficitur, non aliter. Hac ratione posita, a qua exorditur Paulus, recte infert id de quo quæritur: itaque, inquit, alius pro alio promittens daturum, facturumve eum, non obligatur. Nondum tamen intelligebatur, quam recte hoc ex illo colligeret. Ideo id recte colligi ostendit subiecta ratione: huc enim referri oportet, quod sequitur; *nam de se quemque promittere oportet.* Nimirum ad id efficiendum, quod intulit, assumi ita oportebat; at cum quis alium daturum, facturumve promittit, negotium inter stipulantem et promittentem non contrahitur. Id vero intelligi vult superiore ratione: ideo enim in proposito non contrahitur negotium inter stipulantem et promittentem, quia ut negotium sit cum promittente, eum de se promittere oportet; quod is non facit, qui promittit de alio; recte igitur colligit eum, qui ita promittat, non obligari. Res erit planior, si argumentatio suis partibus exposita recto ordine proponetur, subiectis uniuscuiusque partis rationibus. Est vero de sententia Pauli ut mihi videtur, hæc argumentatio: In stipulatione negotium seu res, quæ geritur, inter stipulantem et promittentem contrahi debet, ut si inter eos, eius rei obligatio constituta quemadmodum debet et in omni alio contractu inter contrahentes: alioqui nulla stipulatio, nullus contractus est. Cum autem quis promittit alium daturum, facturumve, res seu obligatio inter stipulantem et promittentem non contrahitur. Nulla igitur hic stipulatio, nec ex ea promissor obligatur. Quod ait negotium inter stipulantem et promittentem contrahi debere, ut aliquid agatur, sumit pro confesso: sic autem demonstratur. Necesse est enim rem, seu id quod dari, fieri debet ex stipulatione, aut inter stipulantem et promittentem contrahi, aut inter alios. Non potest inter alios; quia res inter alios acta aliis non nocet, toto Tit. *res int. al. act. vel iud. aliis non noc. C.* restat, ut contrahi debeat inter eos, inter quos negotium geritur, conficiturque stipulatio. Quod subiicimus negotium seu rem non contrahi inter stipulantem et promittentem, cum quis promittit alium daturum facturumve, assumptio est, quam Paulus prætermisit; sed pro ea subiecit eius assumptionis rationem. Cum enim ait, *namque de se quemque promittere oportet*, perinde est quasi diceret, nam hic non contrahitur negotium cum promittente, propterea quod de se quemque promittere oportet, si obligationem, de qua contrahenda agitur, secum constitui vult, quod is non facit, qui de alio promittit. Quod si apertius simpliciusque dicendum est, et vere; ideo qui alium daturum facturumve promittit, non obligatur, non quia promittit de alio, quasi, persona alterius expressa, hic quidquam impossibile aut iure improbatum habeat stipulatio, sed quia de alio promittendo, non promittit de se: de se autem quemque promittere oportet, si obligari vult, ut inquit Paulus. † Cur autem 2
non obligetur, qui de se non promittit, seu qui non promittit se daturum, facturumve, duæ sunt caussæ: una, quod non consentit, ut det, aut faciat; altera, quod id non promittit: quarum utraque per se sola ex regulis communibus stipulationum ad impediendam stipulationem est satis. Primum hoc ceti iuris est neminem obligari, ut det, aut faciat, nisi qui in id consenserit, ut det aut faciat. Nulla enim ex contra-

tractu obligatio sine consensu, ne ex stipulatione quidem. *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* hac *L.* §. 1. At qui in stipulatione non promittit se daturum facturumve, non consentit in hoc, ut det, aut faciat. Unde enim colligatur hic consensus nisi ex verbis, quibus id promittat? quæ nulla esse confitemur: agimus enim de eo qui non promittit se facturum. Proinde qui se daturum aut facturum non promittit, consensu dandi faciendive remoto, ut det aut faciat, obligari non potest. Quod si aliquem velle dare aut facere proponamus; non tamen satis est ad eum obligandum, nisi etiam promittat verbis se daturum aut facturum. Constat enim stipulatio interrogatione; sed constat etiam promissione. *L.* 1. *C. de usur. L.* 1. *C. de cont. et com. stip.* tantumque debetur ex stipulatione, quantum promissione continetur. *L. quidquid*, *infr.* Ita fit, ut quem fatemur de se non promittere, hunc eundem ex stipulatione non obligari fateri cogamur. Ratum igitur hoc esse debet, quod et pro explorata ratione ponit Paulus, de se quemque promittere debere, si eum obligari volumus; et quod idem est, neminem obligari posse ex stipulatione secundum regulas conventionum omnium, et maxime stipulationis, si non promittat se ipsum daturum aut facturum. At qui nihil de se promittit, nihil promittit se daturum, facturumve, qui alium daturum aut facturum promittit, eoque nec ut det ipse, aut faciat consentit: nisi forte alterius factum meum factum est, aut alterius obligatio mea obligatio dicenda est. Necesse est igitur eum, qui id faciat totidem de caussis secundum regulas iuris non obligari. Quamobrem et alibi recte dicitur in universum factum alienum promitti inutiliter, *d.* L. *sicut*, *infra*, *de fid.* ubi scilicet neque obligetur is, qui promisit, quia nec voluit obligari, nec si vellet, promisit: neque is de quo promissum est, quia certum sit ex alterius contractu neminem obligari. L. 3. *C. de ux.*
3 *pro. mar.* † Cum hanc stipulationem esse inutilem, cum promissorem ex ea non obligari dicimus, perspicuum est hoc dici, eum, qui promisit alium daturum, facturumve, non videri promisisse se curaturum, ut ille alius det ut faciat, quod quidam putant: alioqui utilis esset stipulatio, et hactenus obligaretur ex ea promissor: de quo plura diximus ad *B. stipulatio i-*
4 *sta*, *in princip.* † Non tamen omnes omnino inutiles stipulationes sunt, quibus factum alienum verbis promittitur. Duæ spe-
5 cies exceptæ: † prætoria stipulatio, rem ratam dominum habiturum, quæ domino ratum non habente, quod a procuratore actum est, committitur in id quod stipulatoris interest. L. *si commissa*, L. *si procurator*, *infra*, *rem rat. hab.* et hæc conventionalis, qua quis promittit certam personam pro se fideiussuram. *L. qui autem*, §. 1. *supra*, *de pecun. constitut.* Excipiendarum ratio hæc fuit. Nam quod ad prætoriam attinet rem ratam haberi, hæc ut et reliquæ prætoriæ, legem et interpretationem accipit ex mente Prætoris, qui eam proposuit. *L. in conventionalibus*, *supr.* Constat autem edicto exigi a procuratore actoris ea gratia, ut hac cautione reo consulatur adversus incertitudinem iudicii: periculum est enim, ne iterum dominus de eadem re experiatur. *L. servum*, §. *ult. supra*, *de proc.* Instit. *de satisd. in prin. vers. procurator vero.* Neque porro aliter his verbis, *dominum ratum habiturum*, reo consuli potest, quam si quandoque domino iterum agente stipulatio committatur in id, quod stipulatoris interest. Unde et hoc ipsum agi, ut id præstetur, intellectum est. Illa autem stipulatio, Illum fideiussurum spondes? ex ea obligatione, ad quam refertur, interpretationem certam accipit: quoniam enim id agitur, ut reus præsentis, aut futuræ obligationis caussa det fideiussorem; existimari debet, quidquid reus de futura alterius fideiussione cavit, eum ad id retulisse, cuius caussa de fideiussore cavebatur, nimirum ut ipse fideiussorem daret. Sic solent etiam aliis in rebus ex iis, quæ præcesserunt, ea quæ sequuntur, cum ad illa referuntur, interpretationem capere, et certa fieri. L. *si servus plurium*, §. *ult. supr. de leg.* 1. Arg. in L. *Titia*, §. 1. *infr. eod.* Cum autem constat quid actum sit, etiam in stipulationibus id sequimur: non id quod scriptum est. † In hoc numero non recte 6
excipiamus, opinor, stipulationem ædiliciam, servum furem non esse, fugitivum non esse, erronem non esse, servum esse, et si quid est, de quo in mancipii venditione edicto Ædiles caveri iubent: de quo genere est in L. *si ita quis. supr. de evicit.* Etsi enim si verba spectantur, stipulatio est inutilis; re et sententia valet, ut in duabus caussis proxime exceptis. Hic tamen venditor de præsente conditione rei promittit; de facto alieno nequaquam, nisi præterito, quod huc non pertinet: ubi factum alienum inutiliter promitti intelligi volumus, cum quis promittit alium daturum, facturumve in futurum. Sed etsi venditor promittat in posterum servum non vitiosum fieri, qua etiam in specie placet sti-

stipulationem valere, quæ verbis videtur continere rem impossibilem: L. 3. *C. de æd. act.* tamen ne hanc quidem recte retulerimus inter exceptiones superioris regulæ: quoniam ad regulam non pertinet. His enim verbis, *servum in posterum vitiosum non futurum*, puta non furem, non fugitivum, non erronem, non promittit venditor servum aliquid venditori facturum aut non facturum, sed mores servi non mutatum iri in deterius. Ita semper de conditione rei promittit, etsi promittit de futura. Species potiùs ad genus impossibilium stipulationum referendæ sunt, inter quas et hæ habentur, si spectetur res, quæ verbis promittitur, ut declaratur *d. L. si ita quis, de evict. et d. L.* 3. *C. de æd. act.* Sed sententia contrahentium excipiuntur ex eo genere, quia cum ad hanc ventum est, intelligitur promitti id, quod stipulantis interest rem talem esse aut non esse, qualem venditor affirmavit, et promisit, ut sit in omnibus, quæ venditor de re dixit, aut promisit. *L. sciendum, in princ. et* §. 1. *supr. de æd. ed.*

7 *Et qui spondet.*) † Quam recte res, ut videntur, tam diversas misceat Paulus, quæri potest. Credibile est hæc sumpta esse ex eo loco, ubi Paulus disserebat de hac stipulatione, dolum malum abesse, abfuturumque esse spondes? et de similibus, quarum hic meminit. Initio autem ita statuisse, si quis spondeat dolum malum abesse a se heredeque suo, recte spondere; de se enim promittit. Sin spondeat dolum malum abesse etiam ab alio, quatenus id facit, eum non obligari; hac ratione addita, quia factum alienum promittat, hoc autem qui faciat, iure non obligetur. Hinc per occasionem obiter huius iuris reddidisse rationem, illam videlicet, quæ initio huius capitis pósita est. Et certe extat de huiusmodi stipulatione disputatio Ulpiani eodem ordine, et eadem ratione tractata in *L. stipulatio ista. in princ. supr. eod.* Hæc qui initio disseruit Paulus, nihil facit alienum ab instituto, si pergens de eodem genere subiicit quod sequitur, stipulationem hanc videlicet, dolum malum abesse a te heredeque tuo, et similes in non faciendo conceptas, quas commemorat, non *simplex abnutivum* continere, sed faciendi quoque promissionem habere adiunctam fore, ut promissor curet, ne fiat, quod ipse se non facturum promisit. Continent illæ quidem, seu spondent, ut ille loquitur, *abnutivum*, idest, rem in abnuendo, idest, negando seu non faciendo positam: nam his verbis dolum a me heredeque meo abesse, abfuturumque esse spondeo, hoc declaratur, nihil dolo feci aut faciam, heresve meus. Similiter his verbis, tibi per me rem habere licere spondeo, hoc dici intelligitur, per me non futurum, seu me non facturum, quominus, tibi habere liceat, ut docui ad L. 3. *supr.* De illa tertia stipulatione non dubitatur, per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat: nam hæc verbis ipsis negationem expressam habet. Sed etsi superiores stipulationes ita in non faciendo sunt, ut diximus, in quo ille *abnutivum* sponderi ait; non tamen simplex, inquit, idest, non solum abnutivum spondent: quod significat non esse solum eas in non faciendo: sed in his promissor de facto quoque suo hoc cavet *curaturum se, ut dolus malus absit*; ut stipulator non interpelletur, quominus rem habeat; ut ne prohibeatur, quominus eat agat. Quod et scriptum est in L. *in illa*, 50. *supr.* Atqui verba in non faciendum tantum concepta sunt, nec quidquam aperte de hac cura præstanda adiicitur; neque vero in stipulatione plus esse interpretari debemus, quam verbis continetur. *L. quidquid. infr. eod.* Unde igitur huius facti obligationem in hanc stipulationem admittimus? ex verbis ipsis. Ideo Paulus eum, qui spondet dolum malum abesse abfuturumque, non dicit obligari, ut curet, ut dolus absit; sed dicit aperte eum spondere *curaturum se, ut dolus malus absit.* Et recte. Superiorum enim stipulationum verbis hoc cavetur, ne quid promissor dolo, aut vi faciat adversus id, de quo cautum est. Manifestum est eum dolo facere, qui alium contra facientem patitur, si prohibere potest. Arg. in L. *nullum, infr. de reg. iur.* Verbis igitur hoc cavet se eum non passurum. Hoc autem nihil aliud est, quam spondere se daturum operam, ne id fiat, et quod in se erit, prohibiturum. De vi et iniuria notum est illud Ciceronis, *Lib.* 1. *de offic.* etiam *facere videri eum, qui non propulsat, si potest, iniuriam.* Quare et his verbis non faciam, quominus rem habeas, quominus eas, agas, hoc continetur, alium facientem, quem prohibere possim, non feram, eoque etiam ne faciat, curabo. Dixi, quem prohibere possim: quia adversus eum, quem non possim, nulla cura aut diligentia proficitur. L. *ad eos, supr. com. L. si ea res, supr. de act. em.* Quo intelligi volumus ex his stipulationibus non teneri promissorem ob dolum et factum alienum, nisi is faciat, quem promissor possit prohibere; de quo dixi plura ad L. *stipulatio ista, in pr.*

Ad §.

Ad §. Si Stichum stipulatus.

Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio: nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est ut is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex utriusque consensu valet: iudicium autem etiam in invitum redditur: et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio non nisi ex utriusque consensu valet.*
2. *Dissensus in corpore quatenus stipulationem vitiet.*
3. *Dissensus quomodo declaretur.*
4. *Dissensu actoris et rei, iudicium non sit irritum.*
5. *Dissensu quatenus emptio vitietur.*

1 Stipulatio conficitur verbis, unde dicta verborum conceptio: *L.* 5. §. *stipulatio*, *supr.* sed ita, ut non valeat, nisi ex stipulantis et promittentis consensu. Commune hoc omnium contractuum. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* speciatim autem confirmatur de stipulatione hoc loco, et in L. *conti-*
2 *nuus*, §. 1. adiecto utrobique exemplo. † Nam si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, placet non obligari te, ut præstes saltem, quem putes minimi pretii ex his servis, quos habes hoc nomine: sed omnino nihil actum esse: itaque ne vilissimum quidem a te peti posse. Sed hoc ita est, si re vera stipulator de alio sentiat, promissor de alio, deque eo constabit: nam in re dubia hoc sequimur, ut stipulatio valeat potius, quam pereat. L. *quoties in supr.* L. *quoties in actionib.* L. *ubi*, *supr.*
3 *de reb. dub.* † Sic autem constabit, si stipulator sensisse se de certo dicat, eumque petat, promissor dicat et probet se sensisse de alio. Primum volumus stipulatorem ita intendere, ut certum Stichum petat, et dicat se de eo cogitasse. Non abs re: nam si verbo Stichi neget se intellexisse hunc aut illum certum, sed cum promissor plures haberet eiusdem nominis, dicat se quemlibet ex iis stipulatum esse, non poterit promissor dicere se sensisse de alio: cum stipulator communi verbo omnes Stichos sit complexus, et promissor eodem verbo respondens in unum aliquem consenserit. Itaque valebit stipulatio hoc casu etiam ex consensu. Solum quia ambigua oratio est, eoque incertum, de quo Sticho contrahentes senserint, hactenus obligabitur promissor secundum regulas iuris, ut ambiguitas noceat stipulatori, ac propterea promissori liceat, quem velit ex iis, quos habet, dare. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationib. supr. L. cum quæritur*, *supr. de reb. dub.* Primus ergo ad hunc dissensum declarandum gradus est, ut dicat stipulator se de uno certo sensisse. Quod si promissor non negabit, non erit opus ad id probandum alia probatione, quando adversarii confessione pro vero habebitur. Sin negabit, sic probari potest, si stipulator dicat se hunc solum nosse hoc nomine, quem promissor haberet; an haberet alios ignorasse. Quod ideo probabit, quia facti alieni ignorantia est, ut tolerabilis, sic et probabilis *L. quanquam supr. ad S. C. Vell. L. ult. supr. pro suo.* Mitto conventionem præcedentem; quæ etsi potuit esse de certo Sticho; magis tamen tunc locum habet, cum quæritur, quid actum sit. Hoc constituto stipulatorem sensisse de certo Sticho; hoc sequi volumus, ut promissor dicat se sensisse de alio suo, qui sit eodem nomine; nec dicat tantum, sed etiam probet: nam cum dicat, ipsum probare oportet. *L.* 2. *supr. de prob.* Probabit autem, aut si doceat se nominatim dixisse antea, de quo sentiret, aut si probet nescivisse se eum servum se in bonis habere, de quo stipulator dicit; vel quod alibi emptus esset ipso ignorante a procuratore eius, vel quod nunciatum ei esset antea pro certo eum servum decessisse. Neque enim videri potest quisquam de ea re ut sua cogitasse, quam an haberet, ignoravit. *L. qui cum tutoribus*, §. *ult. L. non est*, *supr. de trans.* Hæc cum ita constabunt, tum vere dicetur stipulationem nullam esse, quia in Stichum consensum non sit: de quo hic agitur. Itaque nihil obstant illa, in ambigua stipulatione id agendum esse, ut stipulatio sit in tuto, *d. L. quoties in supr.* Item cum quæritur, quod actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse, *d. L. stipulatio ista*, §. *in stipulationib. d. L. cum quæritur*, *de reb. dub.* Hæc enim omnia dicta sunt de interpretatione ambiguæ stipulationis: locum non habent in re certa. † Adversari tamen vi- 4
de-

debatur superiori sententiæ exemplum iudicii: in quo si quis Stichum petierit ab eo, qui duos huius nominis haberet, quique simpliciter negasset se Stichum debere, deinde probationem conferat in certum hominem; placuit hunc ipsum Stichum esse spectandum, de quo actor dicat se sensisse; et quamvis reus se de eo sensisse neget, ac paratus sit etiam id probare, ut supra probari posse diximus, tamen non esse audiendum, sed et iudicium consistere nihilominus, et de eo ipso Sticho iudicium fieri oportere: non tantum quia in re dubia actori potius credatur, quam reo, ut hic scriptum est; sed etiam quia etsi constaret reum dissensisse, tamen in intentione ambigua id accipiendum sit, quod actori sit utilius, ne alioqui iudicium sit elusorium. *L. si quis intentione*, *L. solemus*, *supr. de iud.* Quod quam recte constitutum sit, alibi scripsimus: neque est huius loci, ut de eo plura dicamus. Solum hoc quæritur, an exemplum iis adversetur, quæ de stipulatione Stichi diximus, cum similiter stipulator de uno sensit, promissor de alio. Et videri potest maxime adversari. Ne quis enim argumentum ut dissimile repudiet, duo hæc in consensu comparantur, iudicium et stipulatio; traditurque ut stipulatione, sic iudicio contrahi. *L.* 3. §. *idem scribit*, *supr. de pecul.* Ob hanc caussam Paulus cum de stipulatione dixisset, convenientissime de iudicio subiecit, ut obiectionem removeret. Diluit autem ad hanc sententiam: exemplum nimirum ideo non obstare, non quod in iudiciis idem dicendum sit, quod in stipulatione, ut Aristonem Paulus refert existimasse, cuius sententia displicut; sed quia stipulatio ex utriusque consensu valet; iudicium autem etiam in invitum redditur. Recte pugnant enim inter se, in iudicium consentire, et iudicium invitum et nolentem accipere. Non est igitur necesse ad iudicium accipiendum, ut consentiat reus in rem, quæ petitur, de qua etiam si nolit, accipere iudicium cogitur. At enim iudicio contrahitur itidem ut stipulatione, ut paulo ante diximus. Contrahitur, nec sine consensu; sed ita, si spectetur id, quod fit, cum iudicium accipitur. Etsi enim cogitur reus accipere: tamen coactus vult, cum suscipit, ut de eo responsum est, qui coactus adiit hereditatem. *L. si mulier*, §. *si metu*, *supr. quod met. caus.* At si spectetur initium rei gerendæ, non consentit, qui cogitur, cui si liberum esset, iudicium non acciperet. † Quod iuris est de stipulatione; hoc idem multo magis de emptione Stichi dicendum est, nullam esse hanc emptionem videlicet, ubi venditor de alio senserit, emptor de alio: cum emptio non solum desideret consensum, ut cæteri contractus; sed etiam ex eorum genere sit, qui perficiuntur solo consensu; idque de hac specie ita traditum est in *L. in venditionibus*, *supr. de cont. empt.* Sed hoc ita est, si Stichus principaliter venditus sit. Quod si venditus erit fundus, cuius in emptione dictum sit Stichum servum accedere; etsi de alio emptor, de alio venditor senserit, placet nihilominus fundi venditionem valere. *L. si in emptione*, *supr. de cont. empt.* Merito: neque enim propter dissensum, qui circa accessionem intervenit, irritam fieri oportet venditionem principalis rei, in quam consensum est. Alioqui eveniet, quod est præposterum, ut principalis caussa accessionem sequatur, non accessio caussam principalem: quod contrario modo fieri oportet, idque iure ita comprobatum est. Itaque principali caussa non subsistente, placuit non esse accessionibus locum: *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* *L. si cum*, §. *qui iniuriarum*, *supr. si quis caut.* §. *fideiussores*, *Inst. de fideius.* illa per se consistente, accessiones sequuntur, et adiunguntur dumtaxat, non mutant rem principalem. *L.* 4. §. *si ex convetione*, *supr. de re iud.* Quod ipsum et in hac specie emptionis accidit: constante enim fundi venditione, de qua diximus, scriptum est in *d. L. si in emptione.* Stichi conventionem non inutilem futuram, sed hunc etiam accessurum. Recte hoc quoque ne decipiatur emptor, si fundum habeat sine Sticho, cum Stichum accessurum dictum sit. Adiicitur ibidem eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit: cui an contrarium sit, quod a veteribus traditum est, in emptione obscuram et ambiguam pactionem venditori potius nocere: *L. veteribus*, *supr. de pact.* *L. Labeo scripsit*, *supr. de contr. empt.* nihil ad hunc locum pertinet quærere, sed ad emptionem. Satis est nunc intelligi, quod de vi emptionis in accessione diximus, tametsi in accessione consensum non sit, nihil tamen cum hoc loco de Sticho principaliter in stipulatum deducto pugnare.

Ad §.

Ad §. Si stipulante me.

Si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum daturum te spoponderis: constat non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum. Diversa caussa est summarum: veluti, *Decem aut viginti dare spondes?* hic enim et si decem spoponderis, recte responsum est: quia semper in summis id quod minus est, sponderi videtur. Item si ego plures res stipuler, Stichum puta et Pamphilum: licet unum spoponderis, teneris. Videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.

De Sententia huius loci dixi ad *L. 1. §. pen. supr.*

Ad §. Sacram, vel religiosam rem.

Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra prophana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem prophanam, aut Stichum dari promisit, liberatur si sine facto eius res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit: nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra prophana esse cœperit, et Stichus ex libero servus effectus sit: quoniam una atque eadem caussa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam et si navem quam spopondit, dominus dissolvit, et iisdem tabulis compegerit: quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum expectare debeam donec iterum nascatur, et dari possit: per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. Sed hæc dissimilia sunt. Adeo enim cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne hæc quidem stipulatio de homine libero probanda sit, *Illum, cum servus esse cœperit, dare spondes?* item, *eum locum cum ex sacro religiosove prophanus esse cœperit, dari?* quia nec præsentis temporis obligationem recipere potest: et ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. Vini autem non species, sed genus stipulari videmur: et tacite in ea tempus continetur. Homo liber certa specie continetur: et casum adversamque fortunam expectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est. Nam de his rebus negotium recte geremus, quæ subiici usibus dominioque nostro statim possunt. Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulæ destinarentur: licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis, et hæc alia dicenda est. Sed si reficiendæ navis caussa omnes tabulæ refixæ sint, nondum intercidisse navis videtur: et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de ædibus deposita tigna ea mente ut reponantur, ædium sunt. Sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur, et an eadem res sit quæritur,

SUM-

SUMMARIA.

1. *Rebus, quæ dari non possunt in stipulationem deductis, non consistit obligatio.*
2. *Rerum, quæ dari non possunt tria genera.*
3. *De stipulationibus inutilibus generalis definitio.*
4. *Rei impedimento sublato, an quæ ab initio non subsistebat, convalescat stipulatio.*
5. *Stipulatione ab initio recte contracta, si res postea in commercio esse desinat, quatenus promissor liberetur.*
6. *Obligatio ab initio recte contracta, et propter impedimentum interveniens extincta, an impedimento cessante restituatur.*
7. *Series disputationis in hoc §. ostensa, eiusque lectio restituta.*
8. *Servus legatus si interim manumittatur, et postea servus denuo factus sit, an debeatur.*
9. L. 5. supr. de trit. vin. et ol. leg. *declaratur.*
10. *Ædificium sublatum, et eadem specie ac qualitate repositum, an idem, quod ante fuit esse intelligatur.*

1 DE rebus quæ dari non possunt, ita traditum est in *L. si stipulor*, 35. *supr. eod.* obligationem non consistere, cum quid earum rerum dari stipulor: qui locus explicatur hic a Paulo diligentius. Et sane multo patet latius, quam ut superiore de-
2 finitione contineatur. † Earum rerum, quæ dari non possunt, tria sunt genera. Aut enim res non est in rerum natura, nec esse potest, ut homo mortuus, hippocentaurus: aut est quidem, sed exempta hominum commerciis; cuius generis sunt, quæ dicuntur divini iuris, res publicæ, quæ publicis usibus destinatæ sunt, liber homo: divini iuris res, sacræ, religiosæ, sanctæ. L. *cum servus*, §. *ult. supr. de* 1. *leg. sed Celsus, supr. de contr. emp.* Aut est etiam res in commerciis hominum, sed nostra stipulantium: quod enim nostrum est, amplius nobis dari, idest, nostrum fieri non potest. §. *sic itaque, Inst. de act.* Hæc genera rerum ordine persecutus Iustinianus in princ. tit. *de inut. stip. et* §. 1. totidem dicit esse earum, quas si stipulemur, inutilis sit stipulatio. Hoc loco sic agit Paulus de iis tantum, quæ non sunt in commerciis, ut tamen sub una specie definitionem universi generis ad omnes species pertinentem tradi intelligere debeamus; uno hoc excepto, si rem nostram sub conditione stipulemur, de quo postea. Nam ut initio monui, sic de his rebus comprehensum est in *d.* L. *si stipulor*: ut dicatur non consistere obligatio, si quid earum stipulor: idemque traditur *in princ. tit. de inut. stip.* Sed non omnia in hac definitione posita sunt, quæ ad stipulationem earum rerum pertinent. Itaque adhibebitur hic locus, in quo ea Paulus complexus est, quibus similia legimus in §. *nec in pendenti, et* §. *item con-*
3 *tra*, *Inst. de inut. stip.* † Est autem hæc summa: non solum stipulationem esse inutilem, cum dari stipulor id, quod dari non potest; sed generaliter stipulationem non consistere, in qua eiusmodi aliqua res sipulatione continetur, sive ab initio talis deducta sit in stipulationem, sive eventu talis esse cœperit, ut dari non posset. Ad hæc cum semel ob eas res stipulatio inutilis constituta fuerit, sive ab initio, sive postea, exinde ita stipulationem inutilem esse, ut quamvis mutata sit postea conditio rei, et impedimentum sublatum, tamen nihilo magis stipulatio convalescat. Sed ordinem rerum cum Paulo secuti, de iis agamus prius, quæ ab initio stipulationis tales sunt, ut dari non possint. *Sacram rem*, inquit, *religiosam, publicam, liberum hominem inutiliter stipulor*: neque aliud de cæteris generibus iudicandum est, ut est apud Iustinianum *Instit. de inut. stip.* §. 1. Hoc quidem certi iuris est talem esse stipulationem, quandiu res in stipulatum deducta talis manet: perseverat enim impedimentum. † At quid, si res sacra propha- 4
na, publica privata, servus liber factus sit? an non ea caussa sublata, quæ stipulationi obstabat, stipulatio valebit? Arg. *L. quod dictum, supr. de pact. L. in omnibus caussis id, infr. de regul. iur.* Non valebit. Prohibet regula Catoniana, quæ ad stipulationes quoque translata est, Arg. in *L. cætera*, §. 1. *supr. de leg.* 1. qua efficitur quod initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere. *L. quod initio, infr. de reg. iur.* quod significatur hoc loco illis verbis, *quamvis sacra, prophana fieri*, et in §. nec in pendenti, *Inst. de inut. stip.* Et merito non convalescit. Esse enim oportet, quod aliquo facto confirmari volumus: quod autem initio vitiosum est, quia contra ius est, perinde habetur, quasi gestum non esset. *L. non dubium, C. de leg. L. quoties, supr. qui satisd. cog.* Atque hoc rursum certum est, si quidem quod dari non potest, stipulemur pure, aut in diem: quibus in caussis non suspenditur obligatio in eventum, sed statim a principio aut nascitur, aut nulla est. At quid, si stipulemur sub conditione, et tem-

tempore exsistentis conditionis res sit in ea causa, ut dari possit? an non hic saltem valebit stipulatio, ut spectetur id tempus, quo primum obligatio nascitur, et in quod dilata est: præsertim cum ita traditum sit, ad ea quæ conditionalia sunt, regulam Catonianam non pertinere? *d.* L. *cætera*, §. 1. *supr. de leg.* 1. L. *pen. supr. de reg. Cat.* Et hoc in stipulatione rei propriæ placuit, si quis eam stipuletur sub conditione: L. *si rem meam*, 31. *supr.* in cæteris rebus, quæ commerciis exemptæ sunt, admissum non est, ut hoc §. Paulus docet, illic, *Sed hæc dissimilia sunt.* Quo loco observandum est, non solum earum rerum stipulationem repudiari, si eas sub alia quavis conditione stipulemur, nihil de mutatione status earum caventes, sed etiam si nominatim stipulemur in hunc ipsum casum, si dari posse cœperint; ut liberum hominem, cum servus esse cœperit, locum sacrum, religiosumve, cum cœperit esse profanus. Ratio hic redditur *ibidem*: itemque in §. *item contra*, *Instit. de inut. stip.* Cur autem distinguantur hac in re res huius generis, a re privata et nostra, rationem ex-
5 posui ad L. *si rem meam sup.* † Videamus de iis rebus, quæ recte deductæ in stipulationem quia dari poterant, postea inciderunt in eam causam, ut dari non possent. Et placet si sine facto promissoris id acciderit, exstingui stipulationem, proinde et debitorem liberari, ut hic scriptum est illis verbis, *nam et cum quis rem profanam*, et d. §. *item contra*, *de inut. stip.* quo argumento Paulus utitur, ut confirmet, cum ab initio deducitur in stipulationem, quod dari non potest, stipulationem esse inutilem: quod prius posuerat. Et recte utitur: facilius enim quid impeditur rebus integris, ne fiat, quam recte contractum rescinditur. Furiosus uxorem ducere non potest: matrimonio recte contracto si maritus furere cœperit, nihilominus matrimonium retinet. *L. patre*, *supr. de his qui sunt sui, vel al. iur.* Quare si qua causa tantum valebit, ut obligationem iam recte contractam dissolvat, certum argumentum esse debet multo magis rebus integris eam obstaturam, quominus res contrahatur. Quo loco generale illud tenendum est, stipulationem omnem, omnemque omnino obligationem quamvis ab initio recte contractam exstingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. *L. pro parte*, *supr. de servi*, *d.* §. *item contra*, *Instit. de inu. stip.* de quo in *L. existimo*, *infr.* attigi supra ad *L. si ex legati. supra.* Sed hoc ita est, dum sine facto promissoris desinat res dari posse: alioqui contra; ut, si servum promissum manumiserit; si locum promissum religiosum, aut publicum fieri passus sit. L. *si servum*, inf. L. *is qui alienum*, *supr.* de quo diximus ad dictam L. *si ex legati.* † Quid, si 6
res recte initio promissæ, deinde deductæ in eam causam, ut dari non possent, rursum mutata conditione incipiant dari posse? finge Stichum alienum promissum esse: manumissum a domino sine facto promissoris: deinde in servitutem recidisse, vel propter ingratitudinem, vel quia se vendi passus sit ad pretium participandum. Finge rem alienam publicam factam esse; deinde lege aliqua rursum privatam esse cœpisse: an non dicemus facilius pristinum statum recipere stipulationem, quæ ab initio semel valuit, ut propter impedimentum temporis interveniens magis videatur cessasse obligatio, quam penitus exstincta esse? quæ sententia Celsi fuit, ut indicatur in L. *qui res.* §. *aream*, *infr. de sol.* Paulus ait: re postea commerciis hominum exempta sic estingui stipulationem, et debitorem liberari, ut non revocetur res in obligationem, quamvis iterum mutata conditione dari posse cœperit, ut ab initio stipulationis poterat: ut efficiatur hæc definitio, quam apertius expressit in L. *qui res*, §. *aream*, *infr. de sol.* in perpetuum sublatam obligationem restitui non posse. Sed quoniam aliud scripserat Celsus, ut dixi, et is, eiusdemque sectæ auctores ad eam rem quibusdam argumentis utebantur, hic suscepit Paulus idem, quod in *d. L. qui res*, §. *aream*, ut reddita sententiæ adverversus Celsum receptæ ratione, argumenta contraria dilueret ad eius sententiæ confirmationem. † Series autem disputationis 7
observanda est, quo magis locus aliis, prope dicam, inaccessus facilius intelligatur. Ratio his verbis redditur, *quoniam una atque eadem.* Hanc excipit obiectio contrariorum argumentorum, illic, *nam etsi navem*: sequitur deinde refutatio in ilis verbis, *Sed hæc dissimilia sunt*, usque ad finem §. Ait, *quoniam una atque eadem causa et liberandi, et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit.* Ratio est Pauli, ut dixi, adhibita ad probandum id quod prius dixerat, liberato semel promissore ob id, quod res dari posse desiisset, obligationem postea ex eventu non revocari. Cuius rationis hic est sensus: quæ causa est, cur quis liberetur, eadem est, cur quis obligetur, sed in contrarium acta. Quod cum adiicimus, non solum vera ratione movemur, qua fit, ut contrariorum con-

contrariæ causæ esse intelligi debeant, contraria effecta; sed etiam eodem Paulo auctore et interprete facimus, qui eandem sententiam expressit alibi his verbis, *fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.* L. fere, *inf. de reg. iur.* Proinde quæ causa est, ut quis liberetur, eadem vere est, cur ab initio non obligetur, et contra: et si planius dicendum est, eadem liberationis postea constituendæ causa est, quæ ab initio obligationis non contrahendæ. Ut enim liberatur quis, quia res dari iam non potest; sic ab initio ob eandem causam non obligatur. Et contra, quæ causa est non constituendæ liberationis, eadem est ab initio obligationis contrahendæ: hæc nimirum, quod res et initio et etiam nunc dari potest. Quod si eadem vere et simpliciter liberationis causa est, quæ obligationis non contractæ, eandem quoque vim, eumdemque effectum eius caussæ in liberatione esse oportet. At in obligatione contrahenda hæc causa, *quod res dari non potest*, hoc efficit, ut ab initio nulla sit obligatio, quæ postea possit confirmari. Quare et ipsa postea incidens hoc idem efficiet, ut ex illo nulla obligatio esse incipiat. Quæ res faciet, ut non magis possit convalescere postea, quam si ab initio non constitisset.

Ait, *Nam etsi navem.* Sic in Pandectis Florentinis legitur: sic et in omnibus aliis exemplaribus scriptum esse omnes consentiunt. Sed perspicuum est particulam hanc, *nam*, non posse convenire huic loco: est enim rationalis, quæ rationem subiicit et confirmationem præcedentium. Nunc autem apparet ea, quæ subiiciuntur a Paulo, manifestam habere reprehensionem præcedentis sententiæ. Sed et illud animadvertere possumus, in verbis sequentibus positum esse a Paulo id, quod priori sententiæ obiiceret. Declarant illa verba huic parti postea subiecta, *Sed hæc dissimilia sunt*; quæ dissolutionem non unius alicuius obiectionis præcedentis, sed plurium manifesto continent. Itaque non miror, si eruditi etiam interpretes, dum hanc lectionem retinent, et invita sententia pro ratione prioris sententiæ id habent, quod illam aperte oppugnat, non modo non sunt assecuti hunc locum, sed etiam totam eius sententiam perverterunt. Sed non est animadversio difficilis; in his enim duobus verbis, *nam et*, retineamus easdem literas, et transponamus: reperiemus pro, *nam et*, esse *tamen*: quæ particula cum sit adversativa, et obiectioni proponendæ serviat, huic loco convenientissima est. Et vero necesse est eam ita restitui: subiicit enim Paulus, quæ sibi obiiciat, quæ deinde post, ut apparet, dissolvit: ut sit contextus huiusmodi; Obligatio semel sublata postea nulla mutatione rei revocatur. Tamen aliter videri potest; idque probari harum rerum argumentis, quæ sequuntur. Ergo argumenta hæc quæ sint, videamus. Ea sunt duo. Prius sumptum a nave, huiusmodi; stipulatus sum a te navem alienam: si dominus eam navem postea dissolverit, extinguitur obligatio; certe navis in ea caussa esse incipit, ut dari non possit. Et tamen si dominus dissolutam navem rursus compegerit, incipiet navis deberi, quia et dari posse cœperit. Ergo et in servo promisso idem dicendum est, si is manumissus sit primum, deinde rursum casu aliquo in servitutem redactus fuerit. Alterum argumentum sumptum est a fructibus, estque huiusmodi: stipulatus sum centum amphoras vini, quod nascetur ex illo fundo: si hoc anno vinum natum sit, deinde sine facto promissoris amissum, res incipit in ea caussa esse, ut vinum iam dari non possit. Et tamen si sequentibus annis natum sit ex fundo, eius vini amphoræ debebuntur, quia iam dari posse cœpit. Quare et in servo promisso primum manumisso, deinde rursum iterum servo facto idem probandum est.

Ait, *sed hæc dissimilia sunt.* Solutio est propositæ obiectionis, in qua prius respondet de fructibus ad hanc sententiam: non esse mirum, si servus ab initio promissus, deinde liber factus, desinat omni modo deberi, quamvis denuo postea servus esse incipiat; propterea quod *cum liber homo promissus est*, inquit, *servitutis tempus spectandum non est. Cum liber promissus est*, sic accipe non tantum si ab initio stipulationis liber fuit, sed etiam si servus qui promissus erat, per id tempus quo promissus manet, liber esse cœperit, de quo præcipue quæritur, et ad quem obiectio superior de fructibus collata est. Huius libertas, quæ præcessit, faciet, ut aut iam ab initio non debeatur, aut postea desinat deberi: servitutis vero postea secutæ tempus non est spectandum. Cur autem non sit spectandum, probat hoc modo; primum quia non ita sit promissus homo liber, seu per id tempus, quo liber erit, ut si servus postea fiat, debeatur: deinde quia etsi promittatur nominatim hac conditione, si servus esse cœperit, tamen inutiliter promittatur: quoniam, inquit, *ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt*, idest, dari, fieri possunt, recte

cte *deducuntur in obligationem.* Cuius generis non est homo liber, qui ita dari non potest, ut non possit natura sua, secundum quam non magis aliis dari potest, quam nobis: aliter atque res nostra, quæ dari quidem nobis non potest; at dari potest aliis. Unde placuit non obstare eius naturam, quominus eam sub conditione recte stipulemur. *L. si rem meam, supr.* Utrumque horum dissimile est in fructibus. Fructus si promissi sint, qui ex fundo nascentur, et primo anno nulli percepti sint, aut percepti, sine facto promissoris consumpti; expectantur secundi anni fructus, et debentur, quia et promissi sunt, et vero promitti potuerunt. Promissos esse hinc probat, quod promissis fructibus non promittimus speciem certam alicuius anni, ut quis dicat ea specie consumpta nihil deberi; sed promittimus genus, seu fructus in genere, idest, non huius aut illius anni, sed omnium annorum fructus. Promitti potuisse non probat, quia non fuit necesse; sunt enim fructus rei privatæ et ipsi privati, eoque et natura sua in hominum commerciis. Proinde fructibus promissis, quamvis non fuerit primo anno aut secundo, quod daretur, tamen sequentium annorum fructus exspectandi sunt, cum poterunt dari, cum propter naturam rei promissæ, tum propter conventionem verbis comprehensam. Diceret aliquis, quod fit in fructibus futuris, idem et in homine libero admitti debuisse: cur enim bebentur, et expectantur sequentium annorum fructus? qaia placet exspectari, donec dari possint. Et quid vetat libero homine promisso hoc idem exspectari, donec aliquo casu servus esse, idest, dari posse incipiat, atque ita debeatur? Occurrit huic dubitationi Paulus in illis verbis, *homo liber*; et ostendit ideo id in libero homine exspectari non posse, quia stipulatio contrahatur de eo, qui certa specie contineatur, qui idem certo sit liber. Hominis autem liberi casum adversamque fortunam, idest, servitutem exspectari neque civile neque naturale esse: quo significat rem et contra Ius Civile esse, et contra naturam. Contra ius Civile; quia hoc iure non possumus contrahere, nisi de iis rebus, quæ subiici usibus, dominioque nostro statim possunt: quo referri debet ratio, quam subiicit. Contra naturam; quia natura omnes homines liberi sunt; servitus contra naturam, *L. manumissiones, supr. de iust. et iur. L. 4. supr. de sta. ho.* Vel fortasse ideo contra naturam, quia tam tristis et ominosa expectatio de homine libero sit contra eam necessitudinem et coguationem, quam inter nos natura constituit. *L. 3. supr. de iust. et iu.* In cæteris rebus, quæ in commerciis non sunt, ut sacris, religiosis, publicis, cur placeat has inutiliter permitti etiam addita hac conditione, si sacræ, religiosæ, publicæ esse desierint, traditur in *L. continuus*, *§. pen. infr.* De nave respondet illis verbis, *Et navis si hac mente.* De ea maior est dubitatio. Nam ut in servo promisso, qui postea manumittitur, continetur certa species, et ea, quæ manumissione desinit esse ea, quæ fuerat: sic et nave promissa promittitur item certa species, ac postea dissoluta navis esse desinit, ut non abs re videri possit in utraque specie idem probandum fuisse iuxta Celsi sententiam. Et Paulus ait, si navis dissoluta sit hac mente, ut tabulæ in alium usum transferrentur, licet mutato consilio reficiatur, tamen et peremptam priorem navem, et hanc refectam aliam dicendam esse. Quo intelligi vult non aliud in hac specie probandum esse, quam de servo promisso, ac postea manumisso diximus, quamvis postea iterum servus factus sit. Nam et hic dissoluta nave exstinctam esse obligationem: nec revocari eam, quamvis postea navis refecta sit; quia hæc alia navis sit, quam quæ promissa fuerat. Qua in re bene comparantur inter se dissoluta navis, et servus manumissus. Nam et servus manumissus alius homo fit; et idem si postea servus fiat, rursum novus homo esse incipit. *L. servus*, *§. ult. supra*, *de adim. legat.* Ita hactenus navis exemplum sententiam Pauli non mutat, sed confirmat. Quod si dominus dissoluerit navem, eo animo, ut reficeret, Paulus ait nondum hic intercidisse navem videri: et compositis rursus tabulis eandem esse incipere. Quibus verbis fatetur quidem restituta postea nave restitui etiam navis obligationem: sed eo fieri significat, quia nave prius dissoluta non fuerit exstincta obligatio, ut accidit servo promisso manumisso, sed tantum cessaverit interim, quia tandiu vim suam exercere non poterat. Hanc rem facere, ut cum restituta navis eadem esse cœperit, non tam restituatur obligatio, quæ amissa non fuerat, quam recipiat suas vires, quas dissoluta nave, dum pendet an reficiatur necne, non poterat exercere. In quo utriusque speciei dissimilitudo perspicitur, ut ne hac quidem parte exemplum adversetur Pauli sententiæ, obligationem semel exstinctam in perpetuum non revocari.

Ait, *hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet.* Dixerat idem esse in ædibus, quod prius in nave: de ædibus

bus nimirum deposita tigna ea mente, ut reponantur, ædium esse. Sed si usque ad aream deposita sit domus, licet eadem materia restituatur, aliam esse. Ait hanc distinctionem pertinere ad prætorias stipulationes, quibus de ædibus restituendis cavetur: qualis est stipulatio de operis novi nunciatione, de damno infecto, fructuaria. Propone hoc modo. Ei qui ædificare volebat, opus novum nunciatum est: is ut liceret sibi opus cœptum perficere, nuncianti promisit, se opus restituturum, si pareret eum non iure ædificasse, ut est stipulatio ex operis novi nunciatione. *L.* 2. *infr. de præt. stip. L. stipulatio*, *in pr. et* §. 1. *supr. de op. no. nunc.* promissor deinde extruxit ædes, quas denuo renovavit. Quæritur, an renovatas ex stipulatione superiore restituere debeat. Si sunt eædem ædes, restituere debet: si sunt aliæ, non debet. Quæstio, an renovatæ ædes sint eædem, an aliæ, quod ex supra scripta distinctione decidetur. De stipulatione damni infecti propone hoc modo: Dominus ruinosarum ædium promisit vicino se restituturum, quidquid earum ædium vitio contigisset, ut est formula huius stipulationis. *L. fluminum*, §. 1. *et* §. *quanquam*, *supr. de damn. inf.* is postea ædes refecit. Hic eadem incidet quæstio, utrum sint eædem ædes, de quarum vitio promisit, an aliæ. Idem quæretur et ex stipulatione fructuaria, si proponas fructuarium de ædibus fructuariis cavisse, se eas restituturum finito usufructu, cuiusmodi cautio a fructuario exigitur. L. 1. *supr. us. quem. ca.* ædes autem renovatas fuisse a proprietario. In hac tota disputatione tria sunt, de quibus aliis locis aliter scriptum videtur: quæ nobis separatim attingenda esse visa sunt, quo facilius disputatio tota Pauli intelligeretur, nullis aliis quæstionibus extinsecus adhibitis impedita. Primum pertinet ad servum promissum, deinde manumissum, *ex vers. nam et cum quis.* ubi scriptum est, cum hoc in servo accidit promissorem liberari, nec revocari servum in obligationem, quamvis idem rursum ex libero servus effectus sit.

8 † De servo legato contra ita scriptum est in *L. si chorus*, §. *ult. supr. de leg.* 3. si servus legatus interim manumittatur, et postea servus factus sit, eum postea peti posse. Atqui in hoc ipso servo legato Paulus scribit legatum manumissione extinctum esse, nec resuscitari, quamvis rursus in servitutem reciderit. *L. servus*, §. *ult. supr. de adi. leg.* Quomodo hæc tam varia conciliamus? et de servo legato, deinde manumisso sic habendum puto, referre plurimum ad coniecturam voluntatis testatoris servum legantis, utrum servus proprius testatoris legatus sit, an alienus. Si testator legavit servum suum, deinde manumisit, legatum non debebitur, quamvis qui manumissus erat, iterum in servitutem testatoris reciderit: quæ species est *L. si servus*, §. *ult. de adi. leg.* quippe testator servum manumittendo, facto suo declaravit se legatum adimere voluisse; ut et existimaretur adimere, qui servum a se legatum tantum alienaret. *L. cum servus*, *supr. eod. de adim. leg.* Post quam ademptionem nisi quid probetur eum voluntatem mutasse, eandem ademptionem manere necesse est. Non probatur autem nova voluntas ex eo, quod qui ademptus erat, postea ad testatorem rediit, cum de novo legato nihil doceatur. Quare et manumisso iterum servo facto eadem ademptio manebit. Quod si legavit testator servum alienum, et is a domino manumissus est, extinguetur quidem legatum, cum liberi hominis legatum consistere non possit: sed si iterum in servitutem recidat, servus peti poterit, ut est in *L. si chorus*, §. *ult. de leg.* 3. non utique quia obligatio legati per manumissionem extincta nova conditionis mutatione redintegretur; quod neque in stipulatione, neque in legato potest fieri: sed quia testator qui eum legavit, dum ipse non manumittit, aut aliam mutatæ voluntatis in eo legato significationem dat, in priore voluntate perseverans eundem et postquam servus factus est, denuo legare intelligitur. Non videtur autem legatum adimere voluisse is, qui nec de ademptione quidquam significavit, nec caussam cur adimeret, habuit. Arg. *L.* 3. *in fin. et L.* 4. *supr. de ad leg.* Non me movet, quod in *L. si chorus*, *in fin.* non distinguitur, utrum servus testatoris legatus fuerit, an alienus; sed indistincte ita scriptum est, servum legatum si interim manumittatur, et postea servus factus sit, peti posse. His enim verbis, *servus peti potest*, non significatur eum semper peti posse, quod aperte falsum esset; quid enim si testator aperte testatus esset, se servum legatum, quamvis post manumissionem servus denuo esse cæpisset, tamen amplius præstari nolle? Sed hoc solum significatur eum peti posse, si nihil amplius impediat, quam manumissio, quæ præcessit. Quod et verum est, et perpetuum. Quod enim placuit servum testatoris legatum, deinde a testatore manumissum amplius non deberi, quamvis postea servus factus sit, non eo placuit, quia sit manumissus tantum, sed

sed quia testator ea manumissione aperte legatum ademerit, quam voluntatem postea non mutavit. Faciamus igitur in manumissione servi nullam talem ademptionem testatoris intelligi. Hoc relinquetur, ut perseverante eadem voluntate testatoris legatum manere debeat. Quod contingit, ubi servum alienum a testatore legatum dominus manumisit invito testatore. Etsi autem hoc aliquando recipitur in servo legato; tamen cum iam intelligatur id fieri ex nova testatoris voluntate, et novo quodam legato non mirum, si in servo promisso aliud respondemus. Servus enim promissus ac deinde manumissus, etsi iterum servus fiat, non ideo tamen nova stipulatio intervenit, ex qua debeatur: veterem semel extinctam non restitui convenit: porro sine stipulatione servus deberi non potest. Alterum, quod ex aliis locis hic animadvertendum esse diximus, est id, quod dicitur de fructibus in *vers. pro quo et illud.* Centum nimirum amphoris vini promissis, quod ex fundo nascetur; non tantum contineri primi anni vinum, sed etiam sequentium annorum. † Huic contrarium
9 esse vulgo putant illud, quod est in L. 5. *supr. de trit. vin. et ol. leg.* cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi. Ego autem in his verbis nihil plane contrarii esse animadverto. Cum enim ita dicitur, ultra id quod natum erit, nihil deberi, non dicitur ultra id, quod natum erit primo anno, sed simpliciter ultra id, quod natum erit. Quibus verbis perspicuum est hoc significari id deberi, quod natum erit, sive natum erit primo anno, sive secundo, sive sequentibus: solum id non deberi, quod nullis annis natum fuerit. † Tertium animadvertendum est id, quod dici- 10
tur de ædibus in extremo, illic, *sicuti de ædibus*; has alias esse, si usque ad aream tigna deposita sint, licet eadem materia restituantur. Nam si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, et eadem specie ac qualitate reponatur, placuit eandem servitutem deberi, quasi et idem ædificium intelligeretur: idque ita scriptum est in L. *servitutes*, §. *si sublatum*, *supr. de ser. præ. ur.* Sed *ibidem* additum est, utilitatis caussa id receptum esse: cæterum rem strictius interpretanti aliud esse ædificium, quod sequenti loco poneretur. Utilitas autem in eo est, ut retineantur servitutes, quarum usu cives facile carere non possunt.

Ad §. Si rem, quam.

Si rem quam ex caussa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex caussa lucrativa: evanescit stipulatio. Sed si heres extitero, dominio extinguitur stipulatio. Si vero a me hrede defunctus eam legavit; potest agi ex stipulatu. Idemque esse et si sub conditione legata sit: quia et si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur. Sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.

SUMMARIA.

1. *Ius hoc §. constitutum, an non adversetur regulæ, qua cavetur extingui stipulationem, cum in eum casum rediit, a quo incipere non poterat.* et n. 5.
2. *Ex stipulatu res mihi debita, cum alia ex caussa ad me pervenit, quæ requirantur, ut extinguatur stipulatio.* et n. 4.
3. *Lucrativæ caussæ quæ.*

1 HÆC sententia supra constituta est, stipulationem extingui, cum res in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Huic sententiæ consentaneum esse videbatur, si res ex stipulatu debita ex alia caussa mea facta sit, qualiscunque caussa hæc fuerit, extingui stipulationem priorem; quia rem meam ab initio stipulari non potuerim, quæ nunc mea esse cœperit. Idque etiam effici videtur. §. *item contra*, *Inst. de inut. stipul.* Sed hoc non placuit, Ideo non abs re hic locus superiori disputationi subiectus est. † Cuius 2
hæc est sententia; receptum esse, ut cum res mihi ex stipulatu debita ex alia caussa ad me pervenit, exstinguatur stipulatio, et promissor eo modo liberetur, si tria concurrant, quæ hic Paulus designat exemplis: nam huc varii casus ab illo collecti referri debent. Primum, si res ex caussa lucrativa promissa sit, veluti donationis caussa. Alterum, si item ex caussa lucrativa ad me pervenerit; veluti, si domino heres exstiterim,

aut

3 aut si mihi a domino legata sit. † Nam lucrativas caussas dicimus eas, ex quibus ita aliquid nanciscimur, ut pro eo vicissim nihil præstemus: qualis est, donationis, legati, successionis caussa: non lucrativas contra, veluti emptionem et permutationem. *L.* 4. §. *si quis autem*, *sup. de dol. mal.*
4 *exc.* † Tertium accedere oportet, ut vere res ad me pervenerit ex lucrativa caussa; id est, ita pervenerit ut avocari non possit. *L. non quoque sup. de leg.* 1. Nam aliter nec pervenisse videtur. *L. aliud est capere*, *inf. de verb. sig.* Proinde si dominus qui eam mihi legaverat, aut me instituerat heredem, eandem rem a me legaverit alteri; non impediet ea acquisitio quominus eandem rem ex stipulatu recte petam ab eo, qui prius eam mihi promiserat, ut hic Paulus significat illis verbis, *si vero a me herede.* Nec intererit, utrum testator eam a me legaverit pure, an sub conditione: nam et pendente conditione (quo tamen tempore res legata adhuc mea est. *L. et post*, §. 1. *sup. famil. ercis.*) recte ex stipulatu agam: scilicet quia ne sic quidem videtur res ad me pervenisse, quæ ex eventu potest avocari. *L. cum quis.* §. *qui hominem*, *L. qui res*, *inf. de sol.* quod Paulus intelligi voluit, cum ait, *idemque esse*, *et si res sub conditione legata sit*: probatque hanc non videri pervenisse hoc argumento, *quia si debitor rem* eodem modo *sibi legatam solvisset*, *non liberaretur.* Si tamen conditio eius legati postea defecerit, Paulus ait petitionem ex stipulatu infirmari: contraria scilicet de caussa, quia iam intelligatur certo rem ad me pervenisse, quæ sit mansura *d.* §. *qui hominem*, *et L. qui res.* Quid tamen, si pendente conditione legati egero adversus promissorem eiusdem rei, et quia res, quæ iam mea facta erat, mihi non poterat amplius ab eo dari, ideo æstimatione ab eo consecutus fuero, an deficiente postea conditione legati, utrumque retinebo et rem, quæ ex legati causa apud me manere debet, et æstimationem, quam ante a promissore iure sum consecutus? Sed prohibet hæc ipsa regula de duabus caussis lucrativis, qua efficitur, plures caussas lucrativas in eandem rem et eandem personam concurrere non posse, §. *si res aliena*, *Inst. de leg.* Quid ergo fiet? promissor qui æstimationem prius solvit, hanc condicet tanquam quæ sit apud me sine caussa, puta ex ea stipulatione, quam ante exstinctam fuisse ex eventu apparuit. *L.* 1. *supr. de cond. sine cau.* id enim retroversus tum intellectum est, cum legati conditio defecit. L *quædam*, *sup. de reb. dub.* Interim hoc relinquitur, ex quacunque caussa res ex stipulatu mihi debita mea facta sit, nisi in eam duæ caussæ lucrativæ concurrant, stipulationem non exstingui: quod apertius declaratur in L. *omnes debitores*, et duabus *seqq. supr. prox. tit. d.* §. *si res aliena*, *Instit. de leg.* † Opportune 5
igitur quæretur iam hoc loco, quomodo videatur hæc pars regulæ cum superiore illa sententia convenire, qua placet exstingui stipulationem, cum in eum casum rediit, a quo incipere non poterat: quacunque enim ex caussa res mea esse cœperit, venit stipulatio in eum casum, a quo incipere non potuit: nam ab initio non potui rem meam stipulari. §. *idem iuris. Inst. de inut. stipul.* An non ergo consequens erat illi sententiæ, etiam si res ex caussa non lucrativa mea facta esset tamen stipulationem interire, contra quam nos statuimus? Et non effugeremus, quin hic pugnantia viderentur dici, si quod ex caussa non lucrativa nostrum fit, veluti, quod ex emptione, aut permutatione accepimus, id vere nostrum esset. Nunc autem perinde id habetur, quasi nec ad nos pervenisset; sic enim veteres statuerunt videri rem ei abesse, cui pretium abest. *L. Labeo* et *Sabinus*, *infra*, *de verbor. sig.* Ex quo iam converso modo ita colligi debuit, si res ex stipulatu nobis debita ex caussa onerosa, ut emptionis aut permutationis ad nos pervenerit, stipulationem non exstingui, quia cum etiam nunc videatur ea res mihi abesse; non possit dici venisse stipulatio in eam caussam, unde incipere non poterat. Idemque esse, et si res ad me pervenerit ex caussa lucrativa, sed stipulatione interposita ex caussa non lucrativa debeatur: quia non videar rem meam ex stipulatu petere, cum vicissim pro ea aut pretium, aut rem aliam præstare debeo. Ita si volumus stipulationem exstingui ob id, quod res promissa ex alia caussa mea facta sit, quasi res venerit in eum locum, unde incipere non poterat, necesse est ita statui, utramque caussam lucrativam esse oportere, quod et veteres regula sunt complexi.

Ad §.

Ad §. Stichum, qui decessit.

Stichum qui decessit, si stipuler: si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi: utiliter me stipulatum Sabinus ait. Si vero ex aliis causis, inutiliter: quia etsi deberetur, morte promissor liberaretur. Idem ergo diceret et si mora facta defunctum stipularer.

SUMMARIUM.

1. *Creditor quo casu et a quibus debitoribus hominem mortuum stipulari possit.*

1 SUnt quidam debitores, qui re promissa mortua non minus tenentur, quam si res extaret. Hi sunt fures, malæ fidei possessores, et in universum debitores omnes, qui aut rem debitam occiderunt, aut in ea præstanda moram fecerunt. *L. si ex legati*, *L. nemo*, *§. ult. supr.* *L. in re*, *§. 1. L. ult. supr. de cond. fur.* Placet earum rerum creditorem utiliter eas stipulari a debitore, quamvis mortuas. Obstare videbatur, quod dicitur hominem mortuum in stipulatum deduci non posse. *L. liber.* 103. *infr. Inst. de inut. stip. in pr.* Sed ea re moveri nos non oportet. Nihil enim interest, utrum homo extet, an perinde habeatur iure, quasi extaret: quod in superioribus caussis propter moram et culpam debitoris accidit. *d. L. nemo*, *§. ult. supr. L. si servum*, *§. sequitur. infr. eod.*

Ad §. Si quis ancillam.

HUius loci dubitationem et rationem expediet *L. 1. supr. si ex nox. caus. ag. et L. si quis quempiam, supr. si quis caut.*

Ad L. Si insulam. 84.

Idem lib. LXXIV. *ad Edictum*

Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus quo potueris facere: quandiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet. Quod si iam litem contestatus sim: nihil tibi prodesse si ædifices.

SUMMARIA.

1. *Ex faciendi obligationibus quo tempore recte agatur.*
2. *In faciendi stipulationem quid veniat.*
3. *In faciendi obligationibus, si post cessationem promissor, quod promisit, malit facere, quam æstimationem solvere, an sit audiendus.*
4. *Promissorem ante litem contestatam insulam faciendo liberari, quomodo accipiendum.*

CUM insulam ædificari stipulati sumus; et generaliter in omnibus faciendi stipulationibus quæri solet, et quando ex his agi possit, et quid ex his debeatur, ut hinc possit statui, et quid a debitore possit exigi, et quid præstando ille liberetur.
1 † Ac de tempore agendi ita placuit, huiusmodi stipulationes verbis puras, re ipsa in se diem habere, tempus id videlicet, intra quod fieri potest, quod promissum est: ante hoc tempus agi eo nomine non posse. *L. interdum*, *L. si ita stipulatus.* 14. *supr. eod.* quod hic obiter significatur.
2 † De eo autem, quod hic debeatur, ita veteres statuerunt, si quod promissum est, factum non sit intra id tempus, intra quod fieri potuit, et debuit, pecuniam dari oportere. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *supr.* et quod idem valet, in faciendi stipulationem venire id quod interest. *L. si pœnam*, *et similibus locis*, *supr.* Quo significatur in hoc genere deberi pecuniam, deberi id quod interest, postquam transit tempus, quo fieri potuit, quod promissum est. Cui sententiæ consequens est, sive stipulator eo tempore transacto agat in id quod interest, recte agi: quia petat quod sibi debetur: sive promissor id præstet, eum liberari, quia solutione eius, quod debetur, tollatur omnis obligatio.
Inst.

Inst. quib. mod. toll. obl. in princ. De quibus scripsi pluribus ad d. *L. stipulationes*
3 *non dividuntur*, vers. *Celsus*. † Hinc circa promissorem nata quæstio huius loci, cum ob id quod non fecit, quod promisit, cœpit debere pecuniam, seu id quod interest; sitne audiendus, si ad liberationem malit ædificare insulam, quam se ædificaturum promisit, quam pecuniam præstare. Etsi nobis constare volumus, videtur in totum probandum fuisse, non esse eum audiendum: non enim hoc modo præstat, quod debuit, sed aliud; quod invito creditore solvi non potest. *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* Hic tamen distinguitur, ut si quidem ante litem contestatam promissor faciat, liberetur: sin postea, nihil ei prosit ad liberationem. Quod ait Paulus promissorem ante litem contestatam facientem liberari, in eo offendere nos non debet, quod dicitur aliud pro alio invito creditore solvi non posse: non quod qui faciendo liberari vult, non præstet aliud, quam debuit; sed quia promissor etiam iure aliud recte solvit, quoties stipulatione ipsa alterius rei præstandæ facultatem accepit: conditionem enim stipulationis ab initio constitutam creditor postea immutare non potest. *L. vero, §. 1. infr. de sol.* Id autem in proposito accidit. Qui enim promittit se insulam ædificaturum, facultatem insulæ faciendæ ab initio habet ex stipulatione. Amittit ille quidem hanc facultatem cessatione sua summo iure; propterea quod ubi non fecit, quod promisit, cœpit debere pecuniam: sed ex æquo et bono retinet. Hic enim locum habet, quod de purgatione moræ scriptum est in *L. si servum §. sequitur, inf. eod.* quam rem promissor ante moram offerre potuit, eandem et post moram potest, offerre, ut offerendo purget moram ex æquo et bono: de quo opportunius illic dicetur. Sed hanc ipsam facultatem lite semel contestata in totum et certo amittit; eo fit, ut deinceps faciendo non possit liberari. Scilicet qui ex hoc genere stipulationis agit, pecuniam in iudicium deducit, seu id quod interest. dicta *L. stipulationes non, vers. Celsus.* Porro iudicio, id est, litis contestatione contrahitur. *L. 3. §. idem scribit, supr. de pecul.* Contrahitur enim nova iudicati obligatio de ea re, quæ in iudicium deducta est: unde et actio iudicati, re secundum actorem quandoque iudicata. Hanc actionem creditori semel quæsitam, et quæsitam simpliciter nulla facultate aliud solvendi reo tributa, reus facto suo invito auferre non potest, eoque nec officere, ut insulam ædificando pecuniæ in iudicium deductæ condemnationem evitet. Arg. *L. ult. supr. de pac. L. habere, sup. de evict.* De hac facultate solvendi aliud, vel alii quam creditori, diximus plura ad *L. 9. supr.* An autem etiam post litem contestatam moram purgare liceat, dicemus ad *L. si servum, §. sequitur, infr.* † Illud cavendum est, 4
quod hic dicitur promissorem ante litem contestatam insulam faciendo liberari, sic accipiendum esse, ut intelligamus liberari eum in futurum, id est, ita, ut futuri damni nomine non teneatur, si quod forte in eo ædificio postea contigerit, aliter, atque si quid iam propter moram intersit stipulatoris; si quia insula suo tempore inchoata non est, idcirco aliqua in re factum sit ius stipulatoris deterius. *L. stipulationes non in fin. supr. L. si ita quis promiserit, §. Seia, inf. eod. L. etsi post, supr. si quis caut. L. utique, supr. de rec.* Et recte. Ut enim promissori factum suum ad futuri temporis cautionem, quod sine incommodo stipulatoris fiat, prodesse potest; ita stipulatori nocere non debet: et maxime ubi mora promissoris præcesserit; quam ubique convenit frustratori nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, inf. de regulis iur.* De quo scripsimus in *Commentario de mora.*

Ad L. In Executione. 85.

Idem lib. LXXV. *ad Edictum.*

In executione obligationis sciendum est quatuor cuassas esse. Nam interdum est aliquid quod a singulis heredibus divisum consequi possumus: aliud quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.

SUMMARIA.

1. *Divisio obligationis inter heredes secundum varia stipulationum genera quomodo fiat, remissive.*
2. *Exsecutio obligationis quibus in rebus constat.*

NON

1 NOn in omnibus stipulationibus de divisione obligationis idem servatur inter heredes. Quid autem hic servandum sit in singulis, distributis stipulationum generibus dilucide exposuimus ad L. 2. 3. 4. 5. *supr.* Idem ius etiam complexus est Paulus hoc loco, rem omnem ad quatuor genera revocans, in quibus quid sit proprium cuiusque, docet. Is locus cum eandem sententiam plane contineat cum ea, quæ illis locis exposita est, cum illis nobis coniungendus est, et tantum indicandum, ad quem ex superioribus pars quæque huius loci referatur. Cum tamen sparsim sub hoc titulo et alibi de hac divisione multa varie scripta sint, si quis rem totam animo comprehensam habere volet, conducet hic locus ad eam cognitionem, in quo species stipulationum, quæ hic distinguendæ sint ab aliis, numero comprehensas, et ius singularum breviter expositum habemus.

In executione obligationis: † idest, in 2
petitione rei in obligationem deductæ, itemque in eius rei solutione: quibus in rebus consistit exsecutio obligationis; quia per eas obligatio ad exitum perducitur.

Quatuor causæ sunt; idest, quatuor species, in quibus aliud atque aliud servatur, cum de divisione obligationis agitur.

Ad §. Prima species

De hac specie dictum est ad L. 2. §. 1. *supr.*

Ad §. Secunda ad opus.

Hæc pars est, quæ tractatur in *L. stipulationes non dividuntur*, *supr.*

Ad §. Quod si stipulatus fuero.

Hæc species est, de qua pluribus in L. 2. §. *pen. et ult. L.* 3. *et* 4. *supr.*

Ad §. Pro parte autem.

Et de hac specie diximus ad *L.* 2. §. 1. *supr.*

Ad §. In solidum vero.

Hæc species exposita est ad *L.* 4. §. *ult.* De ea scripum est apertius in *L. cum ex. caussa*, *infr.*

Ad §. Item si ita stipulatio.

Hæc eadem species est cum illa, si sors soluta non erit: pœnæ nomine tantum dari: de qua in *L.* 5. §. *ult. supr.*

Ad §. Quicunque sub conditione obligatus.

Quicunque sub conditione obligatus curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur.

SUMMARIA.

1. *Conditionalis stipulationis effectus.*
2. *Conditio non impleta, quando iure pro impleta habeatur*, et n. 4.
3. *Obligatum sub conditione, per quem fit ne conditio existat, perinde teneri, ac si conditio extitisset. et quæ ratio.* et n. 5.
6. *In sponsionibus victoriæ caussa, de honesta re interpositis, superiori definitioni non essse locum.*

1 QUod sub conditione promissum est, impleta conditione debetur. *L. a Titio*, *infr.* non impleta, non debetur, etsi adhuc conditio pendeat, multoque magis; si iam defecerit. §. *sub conditione*, *Inst. eod.* Hoc ita est, nisi conditio iure habeatur pro
impleta: quod interdum accidit. † In quo tra- 2
ditur certi iuris regula, quoties per eum cuius interest conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi, ac si im-

impleta conditio fuisset. Placetque regulam ut ad legata et institutiones, sic et ad stipulationes pertinere. *L. in iure, supr. de reg. iur. L. in iure, supr. de cond. et dem.* Is autem, cuius interest conditionem non impleri in stipulationibus, reliquisque obligationibus, est promissor, et omnis omnino, qui impleta conditione obligatur. †
3 Hinc est, quod de hoc genere ex illa generali regula sumptum hoc loco traditur, *quicunque sub conditione obligatus curavit, ne conditio existeret, nihilominus eum obligari.* Ideo enim obligatur, quia perinde habetur, quasi conditio esset impleta. In eandem sententiam de stipulatione nominatim dictum est in *d. L. in iure, de reg. iur.* stipulationes quoque committi, cum per promissorem factum erit, quominus stipulator conditioni pareret: quæ sententia cum totidem verbis repetatur in L. *iure, de cond. et dem.* et referatur eo loco ad definitionem initio positam, apparet et illic definitionem per omnia eandem positam fuisse, aut certe præponi debuisse quæ extat in *d. L. in iure, de reg. iur.* conceptam videlicet de eo, cuius interest conditionem non impleri, non autem de eo, cuius interest conditionem impleri, ut in Pandectis Florentinis legitur. Alioqui regula male producetur ad promissorem,
4 per quem factum est, quominus stipulator conditioni pareret. † Sed et illud verum non est, conditionem toties pro impleta haberi, quoties per eum, cuius interest eam impleri, fit, quominus impleatur. Evenit hoc aliquando; ut, cum ex conditione iubemur aliquid dare aliis, aut cum iis quid facere: L. 5. illic, *item si qua conditio.* supr. *quan. di. leg. ced.* quo pertinet regula iuris. L. *in omnibus causis.* 39. *infr. de reg. iur.* sed non est perpetuum. Quid enim, si stipulator ipse; quid, si creditor stipulatoris; quid, si is qui heres quandoque stipulatori futurus est, vel ignarus conditionis, vel dedita opera curaverit, ne conditio existeret? nemo dicet, opinor, conditionem pro impleta haberi debere. Sed hæc obiter dicta sint, tantum ut definitio huius loci nota sit, et quibus ex locis deducatur, quibus confirmetur, intelligamus. Nam an alio quovis, quam promissore impediente quominus conditio existat, et quo tandem impediente habeatur pro impleta, indiget pluribus verbis: et quæstio est propria Tituli, *de conditionibus et demonstrationibus,* ubi fortasse
5 alias, idque commodius dicemus. † Quod definitio huius loci postulat videndum est, qua ratione defendatur in stipulationibus, quas ex verbis æstimari constat, obligari quemquam ex stipulatione conditionali, ubi concedamus conditionem re vera non exstitisse, quantumvis ipse curaverit, ne conditio exsisteret: non enim eum quærimus, qui obligetur ex facto suo, sed eum, qui obligetur ex stipulatione. At stipulationis conditionalis hæc vis et significatio est, ut qui promisit sub conditione, ita obligetur, si illud aut illud factum fuerit, idest, si conditio exstiterit, §. *sub conditione, Inst. eod.* Proinde ubi id factum non est, secundum verba stipulatio non committitur, eoque ex stipulatione deberi nihil potest. Nec ad rem pertinet, quod qui promisit, si Titius in Capitolium ascenderet, fecit, ne Titius ascenderet: quocunque enim casu factum sit, ne ille ascendat, semper verum erit eum non ascendisse, atque ita non esse impletam conditionem. Conditio, inquimus, pro impleta habetur. At quamobrem? nam si dicimus æquum esse, ut factum promissoris ipsi noceat, non adversario iuxta regulam iuris, *L. factum, inf. de regu. iur.* vere quidem dicemus; sed hoc ad rem expediendam non est satis. Admitti enim posset hæc ratio in bonæ fidei iudiciis, in quibus omnia æstimantur, quæ ex bono et æquo alterum alteri præstare oportet, §. *ult. Instit. de ob ex cons. in fin.* §. *in bonæ fidei, Inst. de act.* In verborum obligationibus locum non habet: in quibus ut est in *d.* §. *ult. de oblig. ex cons.* unus stipulatur, alius promittit; idest, tantum continetur, quantum exprimit nominatim de ea re facta stipulatio, ut alibi scriptum est in *L. quia tantumdem, sup. de neg. gest.* Dicendum est promissore curante, ne conditio exsistat, ideo conditionem pro impleta haberi, quia ut haberetur, actum est, idque verbis satis declaratur: quod si probatur, abunde est ad defensionem: non enim in contractibus aliis tantum, sed etiam in stipulationibus hoc servatur, ut sequamur ante omnia id quod actum est. *L. eum, qui Calendis, supr. L. semper in stipulationibus, infr. de reg. iur.* Actum autem esse sic colligimus. In omnibus contractibus sic mens esse contrahentium, atque hoc agi creditur, ut stipulatio, quoad res patitur, valeat. *L. quoties in stipulationibus, supr. L. ubi, supr. de reb. dub.* Proinde et hoc quoque agi, ne conditio adiecta sit in arbitrio promissoris: quoniam hac in promissoris voluntatem collata stipulatio non valet. *L. stipulatio non valet, supr. eod. L. sub hac, supr. pr. titu.* Porro sic in arbitrium promissoris conferetur omnis conditio, si lice-

cebit ei quovis modo impedire impune, quominus conditio exsistat. Quapropter si qua conditio alia adiecta erit, quam quæ aperte conferatur in voluntatem promissoris, hoc actum esse accipietur, ut ne illi liceat conditionis eventum impedire; ac si impedierit, nihilominus quasi ea impleta obligetur. † Bene autem hoc loco omnium consensu Accursius, qui monet definitioni superiori non esse locum in sponsionibus victoriæ causa interpositis, cum inter duos certamen instituitur non inhonestæ rei, et præmium victori mutuo consensu constituitur, quod et mutuo in se certaturi compromittunt: nam hic si unus certante et reluctante altero non vincit, pecunia ei non debebitur: contraria videlicet de causa, quia id actum est, ut liceret concertare utrique, et alteri præripere victoriam, si posset; qui autem in eo certamine esset superior, is pecuniam auferret.

Ad L. Quod dicitur. 86.

Vide *L. scire. 29. supr.*

Ad L. Nemo rem suam. 87.

Paulus lib. lxxv. *ad Edictum.*

Nemo rem suam futuram in eum casum, qua sua fit, utiliter stipulatur.

SUMMARIUM

1. *Legatarius rem sibi legatam sub conditione, an cum exstiterit conditio, dari sibi ab herede utiliter stipuletur.*

1 HIC locus expositus est ad *L. si rem meam*, 31. *sup.* † Quæritur, an huic contrarium videri debeat, quod de stipulatione rei sub conditione legatæ scribitur in *L.* 1. §. *si quis sub conditione*, *supr. ut leg. no. cau.* Is cui sub conditione legatum erat, mortuo testatore ex edicto satisdationem exigit ab herede legati nomine. Et quoniam satisdare est cavere et promittere quid stipulanti, additis etiam fideiussoribus, id est, iis, qui idem promittant: *L.* 1. *supra*, *qui sat. cog.* ideo legatarius quod sub conditione legatum erat, stipulatus est sibi dari ab herede aut eadem conditione expressa, aut simpliciter quidem, sed ita, ut idem dies, eademque conditio in stipulatione intelligatur, ut est in dicto §. *si quis sub conditione*, *in fin.* Illic ostenditur hanc stipulationem valere itidem, ut legatum: sic tamen, ut nihil amplius sit in ea, quam in legato. Hoc iam huic loco contrarium quis esse dixerit: exsistente enim conditione legati, res legata legatarii futura est, et statim. *L. a Titio*, *infra*, *de furt.* quo fit, ut qui eam stipulatur legatarius, quia stipulatur eadem conditione, intelligatur stipulari in hunc ipsum casum, quo sua futura sit. Et hæc ita essent, si legata esset certa species, quæ fuisset testatoris. At quid, si legatum quid sit in genere, ut centum aurei? quid, si species, sed aliena? nihil horum legatarii fieri potest prius, quam illi ab herede datum fuerit, quoniam testatoris non fuit. De his rebus sub conditione legatis suprascripta stipulatio accipi debet. Quod si de re, quæ testatoris fuit, interponetur, erit inutilis ex hoc loco. Nec nos moverit, quod in dicto §. *si quis sub conditione*, nihil exprimitur de conditione rei legatæ: non enim quæritur eo loco, an cum legatarius stipulatur rem sub conditione sibi legatam, stipulatio valeat, et quando valeat: sed an si pendente ea conditione decedat legatarius stipulatio transmittatur ad heredes: quod ex regula cæterarum omnium stipulationum conditionalium probandum videbatur. §. *ex conditionali*, *Instit. eod.* Ulpianus in hac quæstione ait non trasmitti, quia sit de legato conditionali, quod ad heredem non transferatur; in stipulatione autem legati nomine interposita insit eadem caussa, quæ in legato. Quæ omnia dicuntur ex conditione, nempe quo casu et stipulatio ab initio valuerit: frustra enim de ea, quæ non valuisset, quæreretur, an legatario pendente conditione mortuo transiret ad heredes, ex qua nec viventi legatario quamvis exsistente conditione actio competeret. Hanc ergo partem, an et quatenus legati conditionalis stipulatio valeat, non attingit illic Ulpianus: proinde ex aliis locis res explicanda est de quo si quæretur, æstimandum erit ex eo, utrum res legata testatoris fuerit, an non fuerit ex hoc loco.

Ad L.

Ad L. Mora rei. 88.

Exposui hunc locum ad *L. cum filiusfam.* 49. *supr.*

Ad L. Si a Colono. 89.

Idem, quod in *L. si stipulatus fuerim.* 76. §. *ult. supr.*

Ad L. Cum stipulati, 90.

Pomponius lib. III. *ex Plautio.*

Cum stipulati sumus pro usuris legitimis pœnam in singulos menses, si sors soluta non sit: etiam si sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen pœna crescit: quia verum est solutam pecuniam non esse.

SUMMARIA.

1. *Sorte petita non ideo minus currunt usuræ.*
2. *Dubitandi ratio explicata.*
3. *Pœnam hic esse usuram, et cur pœnam pro usuris stipulari Pomponius hic dixerit.*

1 QUI sortem stipulatus erat certa die sibi reddi, et nisi ad diem soluta esset, eius sortis usuras: si de sorte tantum iudicio egerit, quamvis res etiam iudicata sit, nulla mentione facta usurarum, nihilominus usuræ lite contestata current, et finito etiam iudicio sortis, propria actione ex stipulatu peti poterunt. Sic est sententia L. 1. *C. de iud. L. lite contestata, supr. de usur.* eadem et sententia huius loci.
2 † Movebat dubitationem, quod iudicio, idest, lite contestata fit novatio prioris obligationis de sorte. *L. alia, infr. de novat.* L. *ult.* illic, *si enim novatur. C. de usur. rei iud.* ac sortis obligatione sublata, nec usuris, nec ulli alii accessioni principalis obligationis potest esse locus. *L. novatione, infr. de novat. L. cum principalis, infr. de reg. iur.* Adversus quam dubitationem duplex est defensio. Primum iudicio novationem fieri; sed eam, quæ actori prosit, non quæ noceat. *L. non solet, et L. nemo enim, seq. infr. de reg. iur.* quod declaratur pluribus in *d. L. alia, infr. de novat.* Deinde etsi concederemus obligationem priorem sortis in totum sublatam esse: non tamen ideo effici sublatam esse stipulationem usurarum, quæ non minus et ipsa per se constitit, ut significatur in L. *centum, supr. de eo quod cer. loc.* tandiuque eam committi necesse est, quandiu eius conditio extiterit. Fuit autem hæc conditio, si sors soluta non esset. Ex quo colligit hoc loco Pomponius stipulationem usurarum et post litem contestatam committi, eoque et usuras crescere; *quia*, inquit, *verum est solutam pecuniam non esse*, idest, quia conditio, sub qua usuræ promissæ erant, extitit. † Proponitur hic pœna 3
in stipulatum deducta in singulos menses pro usuris legitimis. Quid ergo, pœna hic non est usura? imo usura maxime, ut declaratur in *L. lecta, supr. si cert. pet.* ubi cum creditor proponeretur ita stipulatus esse; si sua die pecunia soluta non esset, pœnæ nomine in singulos menses tantum dare spondes? in reliqua tota disputatione Paulus hanc summam usuras appellat, et stipulationem ipsam, stipulationem usurarum. Nec vero potest ea pecunia, quæ pro usu sortis particulatim præstatur, aliud esse, quam usura. *L.* 3. §. *nonnunquam, et* §. *ult. supr. de usur.* Cur ergo hic distinguitur pœna ab usuris, diciturque pœna esse promissa pro usuris legitimis? quod perinde esse videtur, siquidem pœna hic est usura, quasi dictum esset usuras promissas esse pro usuris: quod est ridiculum. Et intelligendum est Pomponium dixisse stipulatos esse nos *pœnam pro usuris legitimis*, non ut hac particula, *pro*, significetur permutatio, quasi pro usuris, quæ beberi potuerint, placeat aliud præstari, nempe pœnam; sed ut significetur titulus et species pœnæ, quæ in stipulatum deducta sit, dicaturque pœna promitti non quælibet, sed pœna usurarum nomine, seu pœna, quæ in usuras cedat: quoniam non omnis pœna est usura. Sed cum potuerit Pomponius recta et aperte dicere in stipulatum esse deductas usuras legitimas, cur maluit uti circuitione, ut videtur, non necessaria, ut diceret stipulatos esse nos *pœnam pro usuris legitimis*? Consulto *pœnæ* ver-

verbo hic usus est, ut compendio sermonis potius significaret, quod absque hoc verbo pluribus exponi oportebat: prius nimirum promissum esse, sortem reddi vel cum petita esset, vel certa die: deinde si ita soluta non esset, promissas esse usuras. Ut enim usura sit pœna, contingit hoc modo, si ob culpam in solvenda sorte admissam usura tanquam eius delicti et cessationis pœna infligatur: non est enim pœna, nisi delicti et noxiæ vindicta. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* id autem fit in usuris, cum prius ita sors promittitur, ut dixi, ac nisi ita solvatur, adiicitur usura. Atque hoc modo promissas fuisse in proposito usuras ostendit ratio hic subiecta; *adhuc tamen*, inquit, *pœna crescit, quia verum est pecuniam solutam non esse.* Verbo *usurarum* tantum si usus esset Pomponius, hanc sententiam non expressisset: non enim omnis usura promittitur hac conditione, eoque non omnis est pœna: quod accidit, cum de sorte ad diem reddenda non convenit, sed simpliciter pecunia utenda data est, et tamen iam ab initio pro usu pecuniæ usuræ legitimæ in singulos menses, aut annos promittuntur. In qua specie non possunt dici usuræ esse pœna non solutæ sortis, cum in ea solvenda nihil delinquat is, qui eam voluntate creditoris potest retinere, eaque uti, quandiu volet.

Ad L. Si servum. 91.

Paulus lib. LXX. *ad Plautium.*

Si servum (Stichum) stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? quærentibus, considerandum est: utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ huius nomine tenetur possessor: ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo (quidem) accipienda sit, non in non faciendo: quod magis probandum est: quia qui dari promisit, ad dandum, non (ad) faciendum tenetur.

Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus, vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur: culpa in hunc modum diiudicatur, ut si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit, et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur. Idemque fiat et si per alium postea quam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit, et ab alio tale quid accidit, non tenetur: quia nihil fecit. Nisi si postea quam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur. Item si homo qui fuit promissoris, ex præcedenti causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit: perinde habendus sit, ac si alienum promisisset: quia sine facto ipsius desiit eius esse.

SUMMARIA.

1. *Re debita sine debitoris culpa perempta debitor liberatur*, et n. 13.
2. *Culpa debitoris interveniente perpetuatur obligatio.*
3. *Culpæ verbo quid hic contineatur, et quibus factis culpa admittatur.*
4. *Mora facta promissor omnimodo et sine exceptione tenetur.*
5. *Res de medio rerum privatarum tolli quibus modis dicatur.*
6. *Debitor servum promissum occidens, aut manumittens nulla mora intercedente, an teneatur.*
7. *Promissor servi, si neglexerit infirmum, quamvis servus postea decesserit, non tenetur.*
8. *Culpa cur aliter in emptore circa mancipium illi traditum, quod redhiberi oportet, item in herede circa rem legatam: aliter vero in promissore æstimetur.*
9. *Possessor in vindicatione hominis, si is neglectus fuerit, negligentiæ nomine tenetur.*
10. *Factum idem diversis rationibus et culpa esse et non esse recte dicitur.*
11. *Promissor ne latæ quidem negligentiæ nomine tenetur: secus in depositario: et quæ differentiæ ratio.*
12. *Alienatio promissoris perpetuat obligationem si res deinde a novo domino tollatur: et cur diversum in alienatione, quam promissoris negligentia.*

1 RE debita perempta, si quidem prius,
quam per debitorem, seu debitoris
culpa fieret, quominus daret, et debitorem
2 liberari placet. † sin postea; placet eum perpetuo ita teneri, ut si res exstaret. De quo
iure diximus ad L. *si ex legati*, 23. *supr.*
Efficitur hoc posterius veterum regula, qui
de hac re ita definierunt. Culpa debitoris
perpetuat obligationem, seu ut Paulus refert
in hac *L.* §. *sequitur.* quoties culpa debitoris intervenit, perpetuatur obligatio. Cuius hæc est sententia: si debitoris culpa
intervenerit, quominus rem daret, quam illum dare oportuit, eaque deinde aut perempta sit, aut exempta hominum commerciis, aut deterior facta, deinceps quæ ante,
quam ea contigissent, fuerat obligatio, fit
perpetua: idest sic in posterum debitor tenetur, quasi res initio debita etiam nunc
extaret talis, qualis ante debebatur; ut licet intelligere ex *L. nemo*, §. *ult. supr.
eod. L.* 3. *supr. de cond. trit. L. in re*,
§. 1. *sup. de cond. fur.* Hanc regulam Paulus ubique hoc capite appellat constitutionem. §. *sequitur*, *et* §. *ult.* intelligens non
constitutionem aliquam Principum, ut in
usu iuris hoc verbum sine adiuncto accipi
solet: §. *sed et quod*, *Inst. de iur. nat.
gent. et civi.* sed constitutionem veterum iuris auctorum, seu Iurisprudentum, idest,
ut ipse interpretatur in *d.* §. *sequitur*, id
quod veteres de hac re constituerunt, quod
constituerunt idest, ut aliis verbis hoc idem
alibi exprimitur, quod decreverunt, quod
pronunciarunt, quod de hac re definierunt,
et regula sunt complexi *L. illa. supr. de
her. inst. L. ita vulneratus. vers. igitur*,
supr. ad leg. Aqui. L. de pupillo, §. *et belle*, *supr. de no. op. nunc.* Hæc definitio
veterum pro iure certo ac constituto obtinuerat. Ideo eam, ut ius certum interpretatur Paulus hoc capite, in eaque interpretatione totum caput versatur: nam
et illud, quod in principio tractat, quam
culpam debeamus accipere, quæ debitori noceat, aperte eius regulæ interpretatio est,
cum regula de culpa debitoris concepta sit.
Et quod in §. *sequitur*, ita scriptum est,
Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem; non hanc significationem habet, quasi dicat Paulus nihil se dixisse prius de hac constitutione veterum,
et ideo sequi, ut de ea dicat, quod perspicue falsum esset; sed hoc voluit, se de culpa debitoris dixisse, at nihil dum de eo quod
veteres caverunt hanc culpam perpetuare obligationem: se de culpa prius dixisse; sed
nondum de perpetuatione, quam veteres huic
tribuunt: itaque hoc sequi, ut de eo videamus.
Quatuor sunt autem in ea constitutione, quæ
quærantur, quæ optimo ordine Paulus explicat: primum quæ sit ea culpa quam veteres dicunt perpetuare obligationem, et quibus in
rebus versetur, seu quibus factis admittatur: alterum, an hæc culpa ita obligationem perpetuet, ut re promissa exstante emendare non liceat: tertium, quorum culpa perpetuet, et quibus: postremum, perpetuationis huius quis sit effectus. Initio capitis tractat, ut dixi, illam quæstionem,
quid culpæ verbo hic contineatur.

† Principio ita statuere debemus, cul- 3
pam hic intelligendam esse, culpam promissoris, de cuius obligatione perpetuanda
constitutio veterum concepta est; neque eam
omnem, sed eam solum, quæ ad minuendam obligationem spectat, de quo agitur;
idest, eam, per quam factum est, quominus rem promissor daret; nullum enim aliud
factum re perempta nocet promissori. *L. si
ex legati*, *supr. L. quod te*, *supr. si cer. pet.*
Quominus promissor rem det, per eum; et
quod idem est, culpa eius efficitur dupliciter: aut non solvendo rem adhuc exstantem,
dum potest, et debet; et quod uno verbo
dicimus, moram faciendo: aut facto aliquo
rem promissam de medio rerum privatarum
tollendo, ut iam si quis velit, ea dari non
possit. † Mora promissoris quandiu mora 4
sit, sine exceptione perpetuat obligationem,
ut quandoque postea res intercidat, promissor omni modo teneatur: sententia noti iuris tradita in *d. L. quod te*, *si cer. pet. et* L.
si ex legati, *sup.* ubi de ea diximus. Adiici,
sine exceptione, item omnimodo, ut intelligatur semel mora facta si res postea pereat,
ita teneri promissorem, ut nihil intersit, facto et culpa eius res pereat, an casu sine ulla omnino culpa promissoris. Quam sententiam hoc loco expressit Paulus, in *vers. sin
autem alienus*: qui cum scripsisset antea,
promissorem non teneri, si re aliena promissa dominus eam occidisset, aut manumisisset, idest, si sine facto promissoris periisset
res, aut commerciis hominum exempta esset: subiecit hanc exceptionem de mora, *nisi si posteaquam moratus est solutionem*,
aliquid huiusmodi contigerit: significans
mora facta promissorem etiam his casibus,
idest, ut dixi, omni modo et sine exceptione teneri. Merito: quidquid enim accidet,
semper verum erit culpa promissoris factum
esse, quominus stipulator rem haberet: accepisset enim, si promissor cum eum dare
oportebat, dedisset. † Tollitur res de medio 5
rerum privatarum, cum aut in rerum natura esse desinit, ut cum homo promissus mori-

ritur; aut eximitur hominum commerciis, veluti cum fundus promissus fit sacer, aut religiosus, servus liber. Id autem facto promissoris contingere intelligitur, non solum si tollat ipse; sed etiam si tollendi et eximendi caussam det. Quomodo tollat ipse, notum est. Finge servum promissum ab eo occidi, aut manumitti. Tollendi caussam præbet partim faciendo, partim negligendo. Faciendo, cum rem promissam, puta servum alienat, quem deinde novus dominus occidit, aut manumittit: etsi enim horum utrumque fit postea invito, aut certe non consentiente promissore, tamen factum non esset, nisi novus dominus cum dominio una etiam potestatem ista, ut in re sua, exercendi accepisset: quam cum promissor in illum transtulerit, nempe faciendi caussa et occasio ab illo nata est. Negligendo idem fit, cum promissor servum promissum, quem apud se habet, negligit ægrotum, ut, si medicum non adhibet: ex quo deinde mors secuta. *L. quod si nolit*, §. *culpam, supr. de æd. ed.* Huius generis facta illa sunt potissimum, quæ exequitur hoc loco Paulus; tractatque an omnia eam culpam contineant, de qua quærimus, idest, quæ perpetuet obligationem. In summa autem ostendit non idem de hoc genere, quod de mora iudicandum esse: quippe nulla mora interveniente non omne factum huius generis quamvis ab ipso promissore natum perpetuam obligationem facere: de quibusdam etiam dubitari posse, quamvis hæc ipsa faciant perpetuam: ut merito cognoscendum sit, quæ hic perpetuent, aut non perpetuent, et quamobrem. De quibus ille ita scribit, ut primum dicat de occisione debitoris, cui similis haberi debet eius exemptio ex hominum commerciis: secundo loco de eius negligentia: tertio de alienatione: quo ordine et de his dicemus. Ergo de his de sententia
6 huius loci, et aliorum sic habendum est. † Debitor hominis, si sciens se eum debere, sine caussa legibus cognita occidit, etiam nulla mora intercedente, nihilominus tenetur: idemque est, quocunque alio modo effecerit, quominus posset solvere, veluti manumittendo: hoc *in pr. L. et* §. *sequitur*, *in pr.* Scilicet hic manifesta est eius non tantum culpa, sed etiam dolus: ut non sit dubium, quin hoc factum ad regulam veterum pertineat. Si caussam habuit, cur occideret, idque iure publico, ut si in adulterio deprehensum occidit, contraria de caussa non tenebitur. L. *qui servum*, *infr. L. qui occidit*, *supr. ad leg. Aquil. L. quid ergo*, §. *si heres. supr. de leg.* 1. nulla enim culpa est id fecisse, quod iure permittente feceris. *L.* 4. *L.* 5. §. *iniuriam*, supr. *ad leg. Aq. L. Graechus*, *C. de adul.* Quid, si nulla quidem fuit caussa servi occidendi, sed tamen debitor se debere ignorans occidit? propone heredem, qui in facto defuncti iustam habet ignorantiæ caussam. *L. qui in ius*, *infr. de reg. iur.* Scriptum hic est in §. *de illo*, itemque in §. *si res legata*, *Inst. de leg.* heredem qui rogatus est servum suum restituere, si eum manumittat, teneri, quamvis nesciret se rogatum esse codicillis. At enim culpam exigimus ad perpetuandam obligationem: quæ autem potest esse culpa in eo, qui factum ignoret? certe facti ignorantia ubique iustam excusationem habet, eoque et nulli nocere eam receptum est. L. 2. *L. error*, *supr. de iur. et fac. ig.* Et ipsa per se ignorantia facti, si nihil amplius quam de ignorantia quæritur, extra omnem culpam est: neque enim divinare quisquam potest, quid sit in re, ubi de ea prius non cognoverit. Unde qui in hac ignorantia petenti domino rem, quam possidet, non restituit, aut petenti creditori rem debitam non solvit, placet eum moram non facere, neque ei nocere hanc recusationem; L. *illud*, *supr. de her. pet. L. quod te*, *supr. si cert. pet.* scilicet, quia ultra defensionem iuris sui necessariam non progreditur, sed rem ad restituendum integram conservans expectat, donec doceatur de iure adversarii. At quod heres se debere ignorans servum non necessario occidit, aut manumittit prius, quam cognosceret de voluntate defuncti, de oneribus hereditariis, deque ære alieno; hoc vero culpæ eius assignandum est: cogitare enim debuit, cum ad alienam successionem accederet, fieri posse, ut sint legata aut fideicommissa a testatore relicta, quibus ipse sit obligatus: inquirere diligentius de re tota, et an ulli sint codicilli a defuncto relicti: expectare etiam, an ulli emergant; interim non committere, ut ullo facto suo sibi adimat parendi voluntati facultatem. Quod si non putavit fieri posse, ut ulla alia esset voluntas defuncti, quam ea, quæ nunc in testamento se ostendit: hoc ipsum culpa est, cum quod a diligente provideri potuit, non est provisum. *L. si putator*, supr. *ad leg. Aq.* Itaque non consistemus in hac tantum specie; sed in omni onere hereditario, in re omni, quam defunctus debuerit, idem dicemus; si, puta, servum a defuncto promissum heres deberi nesciens occiderit aut manumiserit. Nam et hæc culpa eius est, si non cogitavit defunctum habere posse creditores; fieri posse, ut res quæ occisa est, deberetur. Prius ipsum quærere oportuit de creditoribus et oneribus hereditariis et expectare, donec illi existere possent: sic etiam potuit fieri, ut et de servo debito cognosceret. De quibus prius quam com-

comperisset, ad non necessariam cædem, aut manumissionem servi prosilire non debuit. Proinde ne in homine quidem debito solum probandum est, heredem eum teneri, qui cum nesciret se debere, servum occidit: sed etiam in bove, et quovis alio animali promisso, quod heres ignarus occiderit. Quamvis enim in re familiari iusta forte et probabili caussa cogente id fecerit, ut vescendi caussa, cuiusmodi in servo occidendo nulla est: tamen semper hærebit in eo hæc culpa, quam dixi, quod cum accesserit ad alienam successionem, non cogitarit de oneribus hereditariis: fieri posse, ut hæc aut illa deberentur, ac denique adversus eam dubitationem omnia integra non servarit. Huc accedit rei æquitas, quod non debeat ipsius factum alteri damnum afferre, iuxta regulam iuris *L. factum*, infr. *de regul. iur.* qua et ipsa ratione Iulianus in hac specie utitur adversus heredis liberationem in *L. quidam*, §. *pen. in fin. supr. ad Trebell.* Sed an omnes debitores, qui rem debitam ignorantes occiderunt, aut manumiserunt, pariter tenentur? Et si omnibus pariter posset culpa obiici, cur de debito non cogitarint, ut heredibus, a quibus res legata est, aut qui iis successerunt, qui scirent aut scire possent debitum, omnes pariter teneri diceremus secundum constitutionem veterum, de qua agimus: sed quoniam non in omnibus culpa est, eo fit, ut interdum non omnes teneantur. Id accidit in eo, qui indebitum servum accepit: nam si cum nesciret indebitum, manumisit, placet eum non teneri, ne ad pretium quidem. L. *in summa*, §. *penult. supr. de condiction. indeb.* Quæsitum est, quamobrem. Vulgo putant proprio quodam iure receptum esse in ea condictione, quia eius hæc natura sit, ne is qui accepit indebitum, teneatur ultra, quam locupletior factus est. Arg. L. *si non sortem*, §. *libertus*, *supr. de condict. indeb.* quod alii hac ratione confirmant, quia hæc condictio sit ex æquo et bono introducta. L. *pen. supr. de cond. ind.* Sed nihil eiusmodi est: etenim si is qui indebitum accepit, manumisit, aut alio modo desiit rem habere sine culpa, non tenetur is quidem; sed nihil hic proprium huius condictionis: nam et in omnibus aliis obligationibus hoc evenit, ut re sine culpa debitoris perempta debitor liberetur, dictante hac ipsa regula veterum, quam interpretamur. Sin autem culpam in eo esse admittimus, nullo modo neque in hoc neque in ullo iudicio recipiendum est, ut is facto suo liberetur. Nam et constitutio veterum generalis est, culpa debitoris perpetuari obligationem: et præterea res eiusmodi, ut nihil sit æquius, quam debitorem facto suo, id est, culpa non liberari, *hac L.* §. *nunc videamus*: quam factum suum, id est, culpam cuique nocere, non adversario, quod et regula iuris comprehensum est: *d. L. factum*, *infr. de reg. iur.* Nec vero huic æquitati usquam magis locus esse debuit, quam in condictione indebiti: est enim re vera ex æquo et bono, et quidem ita, ut quæ non præstantur in aliis iudiciis, in hoc præstentur secundum naturæ æquitatem, si is percepit, qui accepit indebitum, ut fructus, etiam ante moram percepti: L. *indebiti*, *de cond. ind.* quos constat in aliis iudiciis, non venire: L. *si filiusfam.* §. *ult. supr.* ut pretium perceptum ex re indebita distracta: L. *si non sortem*, §. *libertus*, *supr. de cond. ind.* quod non præstatur ne a venditore quidem bonæ fidei iudicio, si is rem a se distractam alii rursum vendiderit, et prius quam moram faceret priori emptori, res vendita decesserit. *L. venditor ex hereditate*, *ver. nam si eundem*, *supra*, *de her. vel act. ven.* Ex quo efficitur, non illud quod isti præpostere ratiocinantes putant, ut is qui indebitum manumisit nesciens, eo facto debeat liberari, si in eo culpa est; sed contra, ut magis debeat teneri. Sic enim recte colligitur: condictio ex æquo et bono est: ergo in ea omnium rerum ratio habenda est, quas æquum et bonum est præstari. Æquum autem et bonum, si res eius, cum quo agitur, culpa perierit, culpam ab eo præstari, eumque eo facto teneri, et quidem ita, ut nihil sit æquius: nam et in strictis iudiciis, quæ non sunt ex æquo et bono, hæc culpa a debitore præstatur, quod efficitur ea constitutione veterum, quam tractamus: proinde et huius culpæ nomine eum, qui indebitum accepit, teneri oportet, idque tanto magis, quanto huius maior et æquior obligatio est, quam eius qui ex stipulatione obligatur. Nihil ad rem pertinet L. *si non sortem*, §. *libertus*, *de cond. ind.* illic enim traditur eum, qui indebitum vendidit, solum refundere debere, quod ex pretio habet, ad rem autem quam non habet, non teneri, quod et verum est: nam et eum, qui manumisit, nec pretium consecutus est, non teneri dicimus, deque eo nunc agitur ex *d. L. in summa*, §. *pen.* sed quæritur, utrum natura iudicii id fiat, etiam si culpa manumittentis arguatur, an vero ideo, quod in eo qui sibi debitum existimans manumisit, culpa nulla sit, quod manumiserit. Satis autem ostendi iudicii natura non fieri, et generaliter probandum non esse, ut quem culpa occidisse aut manumisisse confitemur, eum nihilominus velimus liberari. Relinquitur igitur, ut intelligamus ideo in indebito

hoc

hoc recipi, quia non sit, quod obiiciatur ei, qui indebitum accepit, si putans rem sibi debitam pro sua alienavit, aut manumisit. Qua ratione admissa, si vera est, et naturæ condictionis consentanea dicimus, dum huius præstationis æquitatem in hac condictione quæ ex æquo et bono diiudicatur, servamus; et simul constitutionem huius loci retinemus per omnia: quod in generali definitione et perpetua æquitate factum oportuit. Culpa enim in eo, qui indebitum manumisit, detracta, nihil dicimus huic constitutioni repugnans, si eum manumissorem non teneri dicimus; quia constitutio quæ vult perpetuari obligationem, de culpa loquitur. Cur autem in cæteris debitoribus culpa sit, si rem debitam quamvis nescientes se debere occiderint, vel manumiserint: in eo autem qui indebitum ignorans accepit, nulla; hæc ratio est, quia heredes de quibus locuti sumus, et in quos cadit, ut iuste ignorent se debere, causam habent, cur cogitent potuisse defunctum et hanc rem debere, et item alias omnes, aut etiam eas legare: quoniam hæc ut plurimum est conditio rerum hereditariarum, hæc ut plurimum voluntas testantis. Est etiam officium heredis inquirere de hereditariis oneribus, et ad ea ferenda se integrum servare. At is, qui indebitum accepit, si ante debitum putavit, tantum abest, ut accipiendo habeat ullam causam, cur cogitet posse esse indebitum, quod accipit, ut contra omnem causam habeat, cur existimare debeat esse debitum, et quidem adversarii facto et confessione constitutam: ille enim rem ut debitam solvendo, simul et eam talem esse solutione sua accipienti confirmavit: ut hoc quodammodo facto iuberet illum esse secutum.
7 † De negligentia promissoris, quod secundo loco tractat Paulus initio, ita statuit, si promissor servi negligat infirmum, quamvis servus postea decesserit, tamen promissorem non teneri; et generaliter eam culpam quæ in non faciendo sit, eum præstare non debere. Id quidem Paulus initio aperte scribit: quod Bartolus et alii cum Accursio dum negant, apparet eos suum quoddam iudicium secutos verba Pauli non considerasse unquam, aut certe latine non intellexisse. Paulus non dubitantis aut quærentis more, sed affirmans ita scribit; *quod magis probandum est.* Quid est autem illud, quod magis probandum esse dicit? quod quæsierat videlicet, et uti quæsierat: quærebat autem, an culpa *in faciendo* accipienda sit. Respondet ergo, hoc probandum esse. Quærebat præterea, an non esset accipienda ea, quæ sit *in non faciendo.* Respondet et hoc magis probandum esse. Cui ergo dubium esse potest, his verbis hoc eum dicere, hanc culpam quæ *in non faciendo* sit, in promissore non esse accipiendam? Ad quod confirmandum ratio sequens refertur: *quia*, inquit, *qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur*: quæ ratio est eiusmodi, ut etiam si posita esset solum ad dubitationem, tamen ipsa confutari non posset. Certum est enim nihil promissorem culpa facere, si non facit id, ad quod non tenetur: unde eum a quo id petitur, quod non debet, si id recuset quamvis interpellatus, tamen moram non facere dicimus. *L. nulla, infra, de reg. iur.* L. *si pupillus, infr.* Quod contra esset, si qua in eo esset culpa, quod recusaret. L. *sciendum, supra, de usur.* L. *qui decem, infra, de sol.* Bene igitur sic colligemus cum Paulo; nihil culpa, aut contra ius facit promissor, si id non præstat, ad quod ex stipulatione non tenetur: promissor autem hominis ad dandum hominem obligatur ex stipulatione, non ad eum curandum, quia de eo nihil cavit. Proinde si servum non curaverit, culpa vacat; eoque etsi servus postea decesserit, non tenebitur. Hac vero ratione facile diluuntur ea, quæ istis obstant quominus audeant fateri, quod verum est, et hoc loco scriptum tam dilucide. Moventur exemplo emptoris, in mancipio illi tradito, quod redhiberi oportet: nam si eius culpa mancipium perierit, placet eum nihilominus ita teneri, ac si homo adhuc viveret; et culpam sic æstimandam, ut etsi ægrotum neglexerit, nec adhibuerit medicum, teneatur. *L. quod si nolit, §. si mancipium, et §. seq. supr. de æd. ed.* Moventur et exemplo heredis, a quo in re legata placet omnem culpam levem esse præstandam non tantum eam, quæ in faciendo sit, sed etiam quæ in negligendo. L. *cum res, §. penult. supr. de. leg.* 1. † Quasi in his duabus caussis quidquam sit cum 8
stipulatione et promissore commune, ac non manifestis rebus a stipulatione in hac ipsa quæstione de culpa disiungantur. In emptione et venditione versatur utriusque utilitas emptoris et venditoris. Ideo a venditore in re vendita nondum tradita exigitur, non tantum ut absit ab eo dolus in ea re, sed etiam culpa; hoc amplius et custodia eius rei diligens exigitur *L. custodiam, supr. de per. et com. rei vend.* Idem exigitur et vice versa ab emptore in re vendita illi tradita, quam postea redhibitam velit: *d. L. quod si nolit, §. culpam, de æd. ed.* quod constat non item receptum esse in aliis contractibus, in quibus solius creditoris utilitas agitur, qualis est stipulatio, iuxta distinctionem de hoc genere traditam

in

in *L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *supr. com.* L. *contractus*, *infr. de reg. iur.* Sed quod discrimen præcipue notat superior ratio Pauli, hoc est, quod emptio utpote iudicium bonæ fidei, eiusmodi est, in qua alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex æquo et bono præstare oportet: etiam si de eo nihil convenerit: ut consequens sit emptionis naturæ etiam ab utroque eius rei, quam præstare alteri debeat, custodiam ut pro officio boni viri sine alia conventione exigi. *§. in bonæ*, *Instit. de act.* §. *ult. Inst. de obl. ex cons.* At ex stipulatione, quæ stricti iudicii est, L. *in actionibus*, *in fin. et* L. *seq. supr. de in lit. iur.* tantum debet quisque, quantum nominatim in stipulationem deductum interroganti promisit. *d.* §. *ult. Inst. de obl. ex conse.* L. *quia*, *supr. de neg. gest.* Ex quo recte colligit Paulus, cum constat eum, qui dari promisit, non promisisse sed quidquam in re promissa facturum, ideo eum ad dandum, non etiam ad faciendum teneri. Quo intelligi vult, etsi nihil fecerit, iure suo facere: ac proinde ne eo quidem nomine teneri. Eadem legati caussa, quæ emptionis. Nam et in legato versatur utilitas non solum legatarii, cui legatum præstatur, sed etiam heredis, qui ut præstet, hereditatem accipit: quam ipsam ob caussam et culpam ab herede in re legata præstari Africanus respondit L. *si servus*, §. *cum quid*, *supr. de legat.* 1. Et præterea comparantur legata et fideicommissa bonæ fidei iudiciis; unde et in illis fructus ex mora debentur. *L. in minorum*, *Cod. in quib. cau. in int. res. nec. non est. L. equis. L. respondit*, §. *ult. sup. de usur.* Id voluntas testantis facit, quam sic interpretamur, quasi velit quod legat, quam plenissime et fidelissime ad legatarium pervenire. *L. in testamentis*, *infr. de reg. iur.* Quorum nihil simile in stipulatione et promissore. Scio extare hæc verba in *L. venditor ex hereditate*, vers. *quemadmodum*, *supr.* de her. vel. act. ven. *quemadmodum funditor fructus præstat bonæ fidei ratione: quamvis si neglexisset, ut alienum, nihil ei imputari possit; nisi si culpa eius argueretur.* Quibus verbis plerique probari putant ne venditorem quidem negligentiæ nomine teneri: et fatentur id recte dici in fructibus; in re autem ipsa vendita custodienda diligentiam ab eo exigi. Sed non debuerunt his verbis moveri, ut a regula iuris nota de iis contractibus, in quibus utriusque ex contrahentibus commodum agitur, discederent: quæ potius supra scriptis illis verbis maxime confirmatur. Nihil potest imputari ei, qui fundum neglexit: sed adiiciuntur hæc verba, *ut alienum*; item hæc exceptio, *nisi si culpa eius argueretur.* Quibus significatur, si venditor fundi alieni negligat eum, ut alienum, nihil posse ei imputari: scilicet quia nulla sit culpa non fecisse in alieno, quod etsi venditor vellet, tamen non posset facere invito domino. Et tamen idem venditor si potuit eum fundum a domino recipere, vel ab eo impetrare, ut ipse fundum coleret, neque fecerit, incipiet teneri eo nomine, quia in eo iam culpa eius arguatur. Unde intelligimus, si idem fundum suum neglexerit, multo magis eum negligentiam præstare debere. Ut autem nihil aliud illic adiiciatur, quam hæc exceptio, *nisi culpa eius argueretur*, satis argumenti est, semper venditorem neglecti fundi nomine teneri, ubi potuit curare, nec fecit, quia in eo culpa est. Ita verissime dicitur in emptione et dolum et culpam, et negligentiam cum a venditore, tum ab emptore in re redhibenda præstari. Sed multum, ut dixi, omnibus rebus emptionis causa et similium distat a stipulatione: ut quod de negligentia in illis præstanda dicitur, ad stipulationem transferre, hominum sit, quid istarum rerum tam dissimilium natura postulet, non satis intelligentium.

9 † At saltem in vindicatione hominis, si is neglectus a possessore fuerit, culpæ huius nomine tenetur possessor, ut hic scribit Paulus: quidni igitur eodem exemplo teneatur negligentiæ huius nomine et is, qui dari promisit? Hoc argumentum Paulus non solvit: propterea quod nihil ad rem pertinet: intelligendum est enim in vindicatione alicuius rei nunquam possessorem culpæ nomine teneri, nisi aut post litem contestatam, aut si ante mala fide possederit: *L. qui petitorio*, §. *qui rem*, L. *si homo*, *supra*, *de rei vind.* ut consequens sit nunquam possessorem teneri eo nomine, nisi cum in re restituenda moram fecerit. Quod tantum abest, ut adversetur huic loco, ut velimus et in promissore post eius moram idem maxime admittendum esse: quem placet mora facta et maxime post litem contestatam, etiam si res casu sine ulla eius culpa perierit, nihilominus teneri. *L. si ex legati*, *supra*, et hac *L. vers. sin autem*, *L. cum fundus*, *supra*, *si cer. pet. L.* 2. *supra*, *de usur.* At enim Paulus simpliciter negat promissorem teneri eius culpæ, quæ sit in non faciendo. Nempe, quia de eo loquitur, qui antea moram non fecerit: sic enim proposuit initio, *Si servum stipulatus fuero, et nulla mora interveniente servus decesserit.* Hoc idem si contingat in possessore, a quo res vindicari potest, ne hic quidem pro eo tempore quo sine mora possedit, ullius culpæ nomine tenebitur: quod fit ante litem contestatam, si

et

et tum possedit bona fide, *d. L. si homo*, *supr. de rei vind.* Ex quo intelligi potest, quam considerate et apte faciant, qui conantur diversitatis rationem reddere inter possessorem, et promissorem, cum de culpa ab his præstanda agitur: quasi quidquam inter eos in hac re intersit, quos apparet tam per omnia in eadem causa haberi. Ante moram neuter culpam præstat: mora facta ambo pariter præstant: quam igitur hic dissimilitudinis rationem quærimus? Quæ si esset aliqua, attamen ferendum non esset, ut diceremus promissorem ideo neglectæ rei nomine non teneri, quia licuerit ei versari negligenter ut in re sua. Liceat sane ei negligere rem suam, quam nulli debeat: at si alii debet præstare, cur ei magis liceat eam negligere, quam possessori, cum eam non sibi habeat, sed stipulatori? Ista ratione nec teneatur venditor negligentiæ nomine, ubi res vendita eius est: nec heres quoque, ubi res eius legata est. Quorum utrumque aperte falsum est. Sed, ut dixi, non fuit laborandum in eo dissolvendo, quod contrarium non fuit. Cur ergo possessoris exemplo ad dubitationem proponendam Paulus usus est, si in eo dissimile nihil fuit? magis haud dubie exempli gratia, ut ostenderet, quam culpam vellet intelligi, quam quod exemplum faceret ad dubitationem: neque enim quod de possessore hic dicitur, ad eum promissorem, qui moram non facit, de quo hic agitur, quidquam pertinet. Sed ut nihil obstent Paulo illa quæ dixi: at certe verba ipsa constitutionis veterum videntur maxime adversari. Ipse enim fatetur negligere infirmum culpam esse, quæ sit in non faciendo. Porro constitutio generaliter scripta est, culpa perpetuari obligationem. Ita fit, ut hæc quoque culpa, quæ in non faciendo est, secundum verba constitutionis perpetuare obligationem debeat: quod non fit aliter, quam si mortuo servo qui neglectus est, promissor tenebitur. Et dicendum est, quod supra quoque ostendi, quod promissor servum infirmum negligit, culpam non esse: ideo factum ad constitutionem non pertinere. Idque Paulus satis declarat, cum ait promissorem ad curandum infirmum, et omnino ad faciendum non teneri: nam si non tenetur, absolutum est nihil eum culpa facere, qui non curet, aut quid in re promissa non faciat: nulla enim culpa est non fa-
10 cere, quod non debeas. † Sed Paulus culpam vocat, quia diversis rationibus idem factum et culpa esse, et rursum non esse recte dicitur. Si officium cuiusque in rebus administrandis spectamus, culpa est non ita versari in rebus nostris, ut diligentem patremfamilias et frugi decet: sin obligationis, et eius quod stipulatori præstandum est, ratio habetur, nulla omnino adversus eum culpa admittitur in eo non præstando, quod promissor non debuerit. Hactenus effectum est, promissorem servi, si infirmum negligat, non teneri, et omnino in re promissa eam culpam non præstare, quæ sit in non faciendo: sed hoc ita, ut possit sine ulla hæsitatione concedi, si rem negligat levi, non lata culpa, ut quia in suis etiam rebus idem faciat: nam nec in aliis contractibus, in quibus solius creditoris commodum versatur, culpam levem præstat debitor. *d. L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *supr. com.* † At quid, si hominem di- 11
ligentem proponas, qui non negligat eodem modo res suas, sed curet diligenter: hunc tamen neglexisse servum infirmum, quem promiserat, itaque peccasse in eo non levi et consueta in rebus suis negligentia, sed ea culpa, quæ dicitur lata, quæque dolo comparatur? an non saltem huius nomine tenebitur? Hanc quidem etiam depositarium præstare constat cuius tamen commodum in deposito nullum versatur, et quem placet alioqui levis culpæ nomine non teneri: et ideo hanc ab eo præstari placet, quia lata culpa dolus est. *L. quod Nerva*, *supr. dep.* An non igitur par est et hanc a promissore præstari, si cum res suas cæteras curare solitus sit, promissas neglexerit? Sed manifestum est Paulum hoc sentire, debitorem, qui ex stipulatu hominem debeat, quocunque modo infirmum neglexerit, non teneri primum, quia de promissore ipso loquitur; qui non potuit ignorare se debere, certe facti sui ignorationem prætendere non potest. *L. quamquam*, *supr. ad Vell.* Deinde quia utitur ea ratione quæ ad omnem negligentiam etiam latam pertinet. Ait enim promissorem, qui ægrotum neglexit, ideo non teneri, quia ad faciendum non tenetur. Hæc quidem ratio hoc efficit, ut quamvis sciens prudens neglexerit, tamen nihil debeat. Ut enim si res alienæ pereant, dum opem ferre possum et negligo, tamen non teneor eo nomine aut lege Aquilia, aut ulla alia lege, tantum ideo, quia hanc curam alienis rebus non debeo: *L. si cuius*, *§. denique*, *supr. de usufr. et quem.* sic in re debita si semel admitti cœperit, me ad eam curandam non obligari, consequens est si eam quamvis sciens neglexerim, me eius negligentiæ nomine teneri non debere: semper enim illud tenebimus nullam culpam esse non facere id quod non debeas, etiam si consulto non facias. Et quid attinet quærere, an eo non facto culpa admittatur, nec ne, si constet promissorem non faciendo non teneri? at profecto hæc lex est faciendi obligationum, ut si quis ad

ali-

aliquid faciendum non obligatur, multo minus eo non facto teneatur in id quod interest. *L. stipulationes non*, ver. *Celsus*, *supr. eod.* At enim depositarius, cuius nullum commodum agitur in deposito, et quem alioqui placet culpam non præstare, tamen tenetur latæ culpæ nomine, si non ad suum modum saltem curam adhibuerit in re deposita, *d. L. quod Nerva*, *dep.* In promptu differentiæ ratio est: quippe promissor in re promissa nihil se facturum cavet: ideo, ut inquit Paulus *ad dandum tenetur*, *non ad faciendum*: nam præterquam quod promisit, non obligatur, ut supra diximus. At depositarius recipit se rem custoditurum, cum depositum sit, quod alicui custodiendum datur. *L. 1. in pr. supr. dep.* Huius vero custodiæ pars est, rem perituram non negligere, si pro tuo captu servare liceat: merito igitur tenebitur rei neglectæ nomine, qui ad curandum ex natura contractus tenebatur. Unde in *d. L. quod Nerva*, dicitur depositarius non posse salva fide minorem deposito, quam suis rebus diligentiam præstare. Non est fides, nisi quam dedit. Nisi fidem hic accipimus officium boni viri, quod in bonæ fidei iudiciis sine ulla manifesta conventione præstandum est. Sed nullum tale officium præter quam quod verbis cautum est exigitur a promissore: stipulatio enim bonæ fidei iudicium non est: de quo etiam ante diximus.

12 † Superest tertium de re a promissore alienata, quam deinde novus dominus vel exemerit hominum commerciis, veluti hominem manumittendo, vel etiam de medio sustulerit, veluti occidendo. Quod attingit Paulus in illis verbis, *sed si quidem res*: atque ita statuit, ut si res promissa quandoque promissoris fuit, idest, vel ab initio, vel postea, deinde alienata ea a promissore novus dominus aliquid fecerit, quo res eximeretur ex commerciis, promissor non minus teneatur, quam si ipse servum promissum manumisisset. Et recte. Etsi enim, cum servus alienatus est, non potest promissor impedire, quominus novus dominus de eo statuat, ut vult; etsi etiam alienatio non facit, ut servus sit manumissus: tamen, ut initio dixi, alienatio eiusmodi caussa est, sine qua nullo modo manumissio esset secuta. Non enim manumitteret alius, nisi esset dominus: quod autem dominus esse cœpit, consecutus est a promissore, dum is rem in accipientem transtulit. Hæc vero culpa est, quod promissor id fecit, nec cogitavit homine alienato evenire posse, ut a domino manumitteretur. Arg. in *L. si quis domum*, §. 1. *ver. idem*, *supr. loc.* Sed Paulus de ea re loquitur, quam novus dominus exemit commerciis hominum: nihil de ea, quam novus dominus occidit. Quid ergo, si servum promissum alienavit promissor, et eum novus dominus occidit; an idem dicemus? movet, quod non ut alienatio manumissionis, ita et cædis caussa dici potest: neque enim manumitteret novus dominus, nisi alienatione dominus factus esset: occidere autem posset, etsi non esset dominus. Sed verius est et servo alienato occiso, si quidem novus dominus occiderit, idem probandum esse. Etsi enim is occidere potuit etiam alienum: tamen dominus factus maiorem potestatem ulciscendi, et in servum excandescendi, maiorem etiam occidendi facultatem nactus est. Quemadmodum autem si ipse debitor occidisset aut manumisisset rem promissam, quamvis nesciens se debere, teneretur; ita etsi alienaverit ignorans, et eadem postea secuta sint, eodem modo tenebitur. §. *si res legata*, *in fin. Instit. de leg.* Eadem dicemus etsi novus dominus eandem rem rursum transtulerit in alium, a quo deinde servus aut manumissus, aut occisus sit: hoc in vers. *idemque fiet*, hac L. Semper enim verum est, promissorem his casibus caussam præbuisse: quia nisi rem alienasset, illa non contigissent. Ex his apparet promissorem in re promissa factum omne suum præstare, sine quo factum non esset, ut res desineret dari posse, sive occiderit ipse, aut manumiserit, sive re alienata alius: negligentiam autem suam in totum non præstare. Sed cum alienato servo, qui deinde a novo domino occisus est, promissor servum non occidat, sed tantum mortis caussam præbeat; qui fit, ut placeat hunc propter alienationem servi teneri; propter negligentiam autem non teneri, quamvis hæc non minus præstiterit mortis occasionem? Quia nemo cogitur legibus ulla re aut opera, ullove officio prodesse alteri, si nolit, ubi illi non sit obligatus; eoque extra culpam est promissor, si curam in re promissa non præstat, ad quam constet eum alioqui ex stipulatione non teneri: ac non teneri eum ostendimus. At nocere alteri, eiusque deteriorem conditionem facere omni iure et naturali et civili prohibemur. *L. solvendo*, *supr. de neg. gest.* Ac quodcunque eiusmodi factum nostrum est, non potest fieri, quin in eo certa nostra culpa sit; cum fuerit in nostra potestate non admittere, potuerimusque prospicere hoc evenire posse, quod

quod accidit. Inde dictum, factum cuique suum nocere debere, non alteri. *L. factum, infr. de reg. iur.* Sic fit, ut regulæ veterum convenientissime utrumque dicatur, et negligentiam promissoris in re promissa obligationem non perpetuare, quamvis interitus sit consecutus, quia hæc negligentia in promissore culpa non sit: et rursum huius alienationem perpetuare obligationem, si res deinde a novo domino tollatur, quia factum hoc certam culpam habeat: ac de culpa definitio veterum concepta est. Interim ut teneatur promissor re sublata factum eius aliquod in ea re intervenire volumus, ut sit in eo ea culpa, de qua loquitur con-
13 stitutio, ad perpetuandam obligationem. † Quod si nihil omnino fecit, et res nihilominus ante moram eius amissa est, citra controversiam liberatur, pertinetque ad definitionem de interitu rei debitæ traditam in *L. si ex legati, L. inter, §. sacram, supr. eod.* quod contingit si servus alienus promissus sit, et alius vel occiderit eum vel manumiserit. *L. is, qui, sup. eodem,* et hac *L. vers. sin autem alienus.* Idem est, si cum Stichum alienum promisissem, is deinde meus factus sit; cumque prior dominus ei libertatem testamento dedisset sub conditione, ea postea existente statuliber ablatus sit in libertatem. *ead.* L. *ver. item si homo.*

Ad §. De illo.

De illo quæritur, an et is qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit,

SUMMARIA.

1. *Heres ob servum, quem rogatus est restituere, a se manumissum tenetur.*
2. *Servo, qui restitutioni a testatore subiectus est, ab herede manumisso, an libertas competat.*

1 HEres rogatus servum restituere, si eum manumittit, nunquam suo facto liberatur, quin saltem æstimationem servi debeat, sive se debere sciverit, sive ignoraverit, ut hic scriptum est, et supra ostendimus. Nec refert suum proprium manumittat, de quo erat rogatus, an eum, qui fuit testatoris. *L. si quis inquilinos, §. 1. supra, de leg. 1. §. si res legata, Instit.*
2 *de lega.* † Sed an saltem ita possit heres hunc servum, de quo rogatus est, manumittere, ut servo libertas competat, quæritur: non enim videtur res a testatore subiecta restitutioni, alienari aut manumitti posse, ne si sub conditione quidem legata sit, et pendente conditione alienata aut manumissa. L. *ult. §. sed quia nostra, et §. sin autem, C. com. de leg. L. generaliter, §. ult. supra, qui et a quib. ma. lib. non fi.* Rursum de servo ita Paulus hoc loco scribit, ut cum Iuliano ponat heredem hunc ipsum servum manumisisse. Et recte Paulus. Sive enim de suo proprio restituendo heres rogatus est, sive de servo testatoris, est cur possit eum servum manumittere; dissimiliter tamen. Suum proprimum heres damnatus dare, aut restituere iussus, semper eum recte manumittit, *d. L. si quis inquilinos, §. 1. de legat. 1.* non enim desinit eius esse, quia legatus est, nec potest invito eo fieri legatarii. *L. id quod nostrum, infra, de regul. iur.* ita cum semper maneat heredis, nihil est impedimento manumissioni. Et quod dicitur in *L. heres, sup. qui et a quib.* heredem servum proprium quem testator legaverat, manumittendo nihil agere; recte Accursius sic accepit, ut intelligatur nihil agere ad liberationem, non efficere denique quominus teneatur, ut significatur in *d. §. si res legata*: semper enim pretium debebit: idque ita declaratur apertius in *d. L. si quis inquilinos, §. 1.* Servum autem hereditarium si iussus sit restituere heres, et hunc quandoque potest manumittere; sed hac conditione si rogatus sit restituere hereditatem, in qua fuit is servus: placet enim heredem ita rogatum, quamvis non ignarum fideicommissi posse servum, qui ex ea hereditate sit, manumittere, ita, ut ipse, aut heredes eius pretium tantum servi fideicommissario præstare debeant, libertate favore sui servata. *L. quidam, §. penul. supra, ad Trebel.* Servum hereditarium si nominatim rogetur heres restituere, frustra hunc manumiserit: sive enim pure, aut in diem servus legatus est, statim fit legatarii; *L. a Titio, infra, de fur.* alienum heres manumittere non potuit: hoc in dicta *L. ult. §. sed quia, C. com. de leg.* Sive legatus est sub conditione, est quidem is servus heredis pendente conditione;

sed

sed conditione exsistente res eo redit, quasi nulla conditio antea fuisset. Quo fit, ut nec pendente conditione placeat eum servum ab herede manumitti posse, *d. L. generaliter*, §. *ult. supra*, *qui et a quibus*. Cur ergo non idem probatum est, cum heres rogatus est restituere hereditatem, in qua fuit servus, cum hereditatis appellatione singulæ res hereditariæ contineantur? L. *si quis cum*, *in fin. supra*, *de exe. rei iud.* Quia cum servus hereditarius certus specialiter legatus est, res dubitationem non habet, quin de eo præstando non de eius æstimatione testator senserit. Proinde hunc ipsum ex voluntate defuncti fieri legatarii oportet: cuius cum esse cœperit, ab alio manumitti non potest: neque in re certa locus est coniecturæ. *L. continuus*, §. *cum ita*, *in fin. infra eod.* At cum fideicommissum hereditatis relictum est, potest fideicommissum sic accipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsæ singulæ, an vero rerum singularum præstetur æstimatio, si modo rei utilitas et favor eam interpretationem voluntatis suadeant: quod fit, cum de libertate servo danda agitur. Et sane tam pretium rerum singularum intelligitur hereditatis esse, quam ipsæ res singulæ. *L. si rem*, *supr. de her. pet.* quæ res dubium fecit apud veteres, bonorum parte legata utrum rerum partes, an æstimatio debeatur. L. *non amplius*, §. *ult. sup. de leg.* 1. Ut ergo fateamur herede hereditatem restituere rogato in re dubia videri sensum de rebus ipsis et corporibus, quæ fuerunt in hereditate; attamen si humanitas et rei favor eo ducant, ut potius rei æstimatio accipienda sit, ut contingit in libertate, humaniorem sententiam sequi oportet. L. *si fuerit*, §. *ult. supr. de rebus dub.*

Ad §. Sequitur.

Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem: quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio. Si vero moratus sit tantum, (hic) hæsitatur, an si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quæstionem de bono et æquo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiæ, perniciose (inquit) erratur. Et sane probabilis hæc sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quæritur de damno, et par utriusque causa sit: quare non potior sit qui tenet, quam qui persequitur?

SUMMARIA.

1. *Regula veterum, Ob culpam debitoris perpetuari adversus eum obligationem, an sit perpetua.*
2. *Moræ purgandæ ratio, et purgatæ effectus.*
3. *De moræ purgatione responsum Celsi declaratur.*
4. *Mora aliquando facta, promissorem postea offerendo liberari æquum esse, duabus demonstratur rationibus.*
5. *Mora purgata debitorem, si res sine facto eius postea perierit, alias ipso iure, alias per exceptionem liberari.*
6. *Ad moram purgandam oblatio rei debitæ in futurum tantum prodest debitori, non etiam in præteritum.*
7. *Mora a debitore facta, quibus modis creditori statim per occasionem eius moræ actio acquiratur.*
8. *Iudicii potestate actio ex mora quomodo quæratur.*
9. *Conventione quomodo.*
10. *Litis contestatione quomodo.*
11. *In dandi obligationibus, an prosit reo ad purgandam moram rem offerre post litem contestatam.*
12. L. Etsi post, sup. Si quis caut. } *explicatur.*
13. L. 3. ult. et L. 4. infr. Iud. sol.
14. L. Fideiussor, sup. de dol. mal. exc.
15. L. hoc edicto, supr. de publican.

1 Dixit, quam culpam intelligere debemus in illa regula veterum, culpa perpetuat obligationem. Nunc docet, quam verum sit, quod de hac culpa veteres ita statuerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. Generaliter enim hoc dictum est, et sine exceptione. Quid ergo, an præfracte hoc ita accipiendum est, ut nullus sit unquam postea liberationi locus? Et Paulus agnoscit in univer-

versum vere dici, si effecerit promissor, quominus possit solvere, vel occidendo servum promissum, vel manumittendo, vel transferendo in eum, a quo postea eadem illa contigerint. Siquidem nulla diligentia consequi potest, ut vel restituatur, vel offeratur etiam, quod semel amissum est. Quod si promissor tantum moram fecit, ostendit Paulus non esse in eo oonstitutio-
2 nem veterum perpetuam. † Quippe promissorem mora in Sticho præstando facta, postea Stichum offerre posse. Offerendo emendare moram, et quod alibi dicitur, purgare; *L. interdum*, §. *ult. sup. eod.* id est, facere, ut perinde habeatur, quasi prius moram non fecisset. Unde et significantiore verbo utens hic ait ea oblatione extingui moram. Quæ res facit, ut Sticho postea sine facto promissoris amisso promissor liberetur. *L. mora*, *supr. eod.* quod adeo verum est, ut etiam in persona furis locum habeat. *L. in re*, *supr. de cond. ind.* Hæc de moræ purgatione sententia Celsi fuit, quam et Paulus probat. Cui consequens est, et post culpam debitoris, si culpa tantum in morando fuit, non semper iuxta regulam veterum perpetuam esse eius obligationem, ut qui postea re debita perempta liberetur. Opponebantur huic sententiæ verba regulæ superioris, quæ, ut dixi, generaliter et sine exceptione scripta est. Respondebat Celsus, quo responso et Paulus nunc utitur, verbis quidem regulam generaliter scriptam esse; sed nihilominus ita temperandam, ut diximus. Esse enim hanc quæstionem de bono et æquo. *In quo genere plerunque sub auctoritate iuris scientiæ perniciose*, inquit, *erratur.*
3 † Quorum verborum hæc est sententia: idcirco probandum esse moram purgari postea offerendo, quia sit æquum et bonum ita statui. Ideo enim et quæstio ipsa de mora purganda est de æquo et bono. Nec moveri nos oportere verbis regulæ, quamvis pro iure certo recepta sit: quoniam sub auctoritate iuris scientiæ, id est, dum verba iuris scripti propter eius auctoritatem præfracte retinere volumus, plerunque perniciose erratur. Sic enim fit sæpe, ut statuamus adversus æquum et bonum, ut in hac quæstione. In quo manifestus et perniciosus error est. Isto enim modo dum videri volumus ius retinere, ius ipsum amittimus non sine pernicie eorum, quibus detrahitur: cum iuris civilis finis sit æquitas, atque adeo ipsum Ius Civile nihil sit, nisi æquitas, ut definitur a Cicerone in Topicis; unde et ab Ulpiano ius, idest, iuris prudentia definitur ars æqui et boni, in *L. 1. supr. de iust. et iur.* Quapropter id servabimus in hac quæstione, quod traditum est in *L. placuit*, *C. de iud.* ut quemadmodum in aliis rebus omnibus, sic in hac quoque præcipua sit iustitiæ æquitatisque, quam stricti iuris ratio. † Esse autem æquum, promissorem, qui 4
aliquando moram fecerit, postea offerendo liberari, probant veteres duabus rationibus. Una est Marcelli relata in L. *qui decem*, *infr. de sol.* non esse æquum teneri debitorem pecunia aut re debita amissa, qui non teneretur, si creditor oblatam accipere voluisset. Scilicet creditori factum suum nocere debet, non adversario, ut est regula iuris. *L. factum*, *infr. de reg. iur.* Altera est Pauli reddita hoc loco, estque huiusmodi; etsi verum est debitorem cum interpellatus non solvit, semel moram fecisse: tamen etiam illud verum esse et creditorem nunc moram facere, cum rem debitam oblatam sine iusta caussa accipere recusat. *d.* L. *qui decem*, *de sol.* ita fit, ut hactenus saltem in mora par sit utriusque et creditoris et debitoris caussa. Cui consequens est, ut in hac caussa potior esse debeat caussa possessoris et debitoris, quod regula iuris efficitur. *L. in pari. L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur.* Eadem Pauli ratio pro eo, unde petitur, in specie non dissimili in *L. 2. ne quis eum, qui in ius voc. est.* Hac autem sententia constituta hinc illæ natæ sunt. Posteriorem moram nocere. *L. illud*, *supr. de per. et com. rei vend.* et, Unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione.* §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* ubi hoc intelligimus, tam creditori nocere suam, quam debitori, uter posterius in mora fuerit. † Illud notandum 5
est debitorem postea offerendo liberari quidem semper, si res sine facto eius postea perierit: sed alias liberari ipso iure, alias per exceptionem. Ipso iure, si rem certam debuerit, quæ postea perempta est. *L. stipulatus.* 105. *infr. eod.* Sic enim fit, ut obligatio sine culpa debitoris in eum casum veniat, unde incipere non potuit. De quo diximus ad L. *si ex legati*, *supr. eod.* Per exceptionem; si pecuniam debuerit, quam cum obtulisset creditori, et is accipere noluisset, deinde casu amiserit. *d. L. qui decem*, *infr. de sol. L. interdum.* §. *ult. supr. eod.* Et merito hic ipso iure non liberatur debitor; quia cum pecuniam certam nullam debuerit, sed pecuniam in genere, non potest dici, quæcunque pecunia illi perierit postea, eam periisse, quam debuit. *L. in ratione.* §. *incertæ*, *supr. ad leg. Falc.* L. *incendium*, *C. si cer. pet.*

Sed

Sed tamen futurum fuit, ut is pecunia oblata liberaretur, si creditor accepisset. Proinde æquum est; etsi debitor non liberatur summo iure, tamen eum doli exceptione defendi. Et hoc locum habet in strictis iudiciis, ut si quis pecuniam debuerit ex stipulatione, aut ex mutuo. Quod si debuerit ex contractu bonæ fidei, veluti, ex vendito, aut ex caussa rei uxoriæ; pecunia semel oblata ac deinde amissa ipso iure desinet teneri, ut scriptum est in *d.* L. *qui decem*, *in fin.* 1. *resp.* Hoc ideo, quia exceptiones sine alia contestatione insunt bonæ fidei iudiciis. L. 3. *supr. de resc. vend. L. huiusmodi* §. *qui servum*, *supr. de leg.* 1. *L. ult. supr. de her. pet.* in stricti iuris iudicium non aliter veniunt, quam si fuerint contestatæ. *L. præscriptionem*, *L.*
6 *si quidem*, *C. de except.* † Sed quidquid de facultate moræ purgandæ diximus, etsi initio simpliciter dicitur a veteribus, moorm purgari posse postea offerendo; tamen baservandum est hoc sensu dici, ut oblatio rei debitæ in futurum tantum debitori prosit ad purgandam moram, non etiam in præteritum: seu ut debitor postea offerendo in futurum sibi cavere possit, ne in aliquod sequentis temporis periculum propter præcedentem moram incidat; non etiam ut possit creditori eo facto nocere, ei quid adimendo, quod illi ante oblationem iam partum fuerat. Quod et probat rei æquitas, et declarant eæ rationes, quæ pro hac purgatione a veteribus afferuntur, quas paulo ante commemoravimus. Et sane unicuique sibi cavere, et meliorem conditionem suam facere concessum est: et quidem ius vigilantibus scriptum est. L. *penult. in fin. supra*, *quæ in frau. cre. L. si pactum*, *supra*, *de prob.* alterius autem conditionem deteriorem facere, eique ius suum detrahere non licet. *L. solvendo*, *supra*, *de nego. gest. L.* 2. *supra*, *de iis qui sunt sui vel al. iur.* Quapropter quæcunque actio creditori post moram debitoris certo quæsita fuerit, sciamus hanc ei nulla oblatione debitoris adimi posse, argum. *L. ha-*
7 *bere*, *supra*, *de evict.* † Tribus autem modis contingit, ut mora a debitore facta, per occasionem eius moræ statim creditori quæratur actio: potestate iudicii, aperta conventione, et litis contestatione. Totidemque in causis negamus moram purgari posse, ut actio quæsita auferatur creditori.
8 † Potestate iudicii accidit in dandi obligationibus, ut si post moram deterior res facta sit, teneatur debitor tanti, quanti res fuit ante, quam res deterior facta est. L. *in re*, §. 1. *supr. de cond. fur.* L. 3. *sup. de cond. trit.* Si debitor postea deteriorem factam offerat, sibi quidem cavebit in hoc, ne re postea perempta periculum præstet futuri temporis: illud non efficiet, quin talem præstare debeat, qualis fuit, cum deterior facta est, *d. L.* 3. *in fin. de cond. trit. L.* 3. §. 1. *supr. com.* semel enim eius æstimationis actio creditori quæsita est; quam illi debitor nullo suo facto potuit adimere. In faciendi quoque obligationibus evenit, ut si mora faciendæ insulæ cœperit fieri, statim agi possit in id quod propter eam moram stipulatoris interest. *L. stipulationes non*, §. *ult. supra*, L. *existimo*, §. *ult. infra eod.* Hic si inde debitor insulam ædificare paratus sit, non aliter audietur, quam si id ipsum offerat, in quo mora rei factum est ius stipulatoris deterius. *L. si ita quis*, 135. §. *Seia*, *in fi. infra*, *eod. L. utique*, *supr. de recep.* Sane si tempus præteriit, quo insula ædificari potuit; agi quidem potest in id quod stipulantis interest, insulam totam ædificatam esse. *L. si ita*, 14. *supra*, *eod.* et tamen si debitor ante litem contestatam ædificet, placet eum liberari. *L. si insulam*, *supra eod.* Sed hoc eo fit, quia non plane et certo adhuc actio stipulatori quæsita intelligitur: quæritur enim sub hac conditione, si intra tempus, quo ædificari potuit, non sit ædificatum: non videtur autem id tempus præteriisse, quandiu lis contestata non est, et licet adhuc ædificare sine ullo detrimento creditoris: ut responsum est de pœna, quæ hac conditione promissa est, si quid datum non esset ex sententia arbitri. *L. quid tamen*,
§. *ult. supra*, *de rec.* † Aperta conventione quæritur creditori actio ex mora, seu 9
post moram in stipulationibus pœnæ tum, cum quid promittitur certo die, ac nisi sua die datum esset, promittitur pœna: nam si eo die datum non sit, pœna certo committitur, quia pœnæ conditio exstitit, §. *sub conditione*, *Instit. eodem.* Ideo placuit pœna hoc casu semel commissa nihil prodesse promissori ad pœnam evitandam, si quod dari aut fieri debuit, postea creditori offerat: ne actio videlicet illi manifesta stipulatione quæsita, ei auferatur. *L. Celsus*, *supra*, *de rec. L. traiecticiæ*, *supra*, *de oblig. et act.* Quod tamen sic accipiendum est, nisi id actum sit, ut post diem commissa pœna idem adhuc offerre liceret. Quod fieri puto in specie *L. etsi post su-*
pra, *si quis caut.* de quo paulo post. † 10
Litis contestatione nova acquiritur iudicati actio creditori de eo, quod in iudicium deductum est. Iudicio enim contrahitur itidem, ut stipulatione. *L.* 3. §. *idem scribit*

bit, *supra*, *de per.* Hinc est, quod de faciendi obligationibus scriptum est in *L. si insulam*, *supra eodem*, eum, qui insulam ædificare promisit, si transierit tempus, quo potuerit facere, posse facientem liberari, quamdiu litem contestatus non sit. Quod si litem iam sit contestatus, nihil ei prodesse, si ædificet. Quippe in iudicium venit id quod interest. *L. stipulationes non ver. Celsus*, *supra*, cuius obligationem et actionem iam certo creditori quæsitam non potuit debitor alterius rei oblatione auferre. Idemque litis contestatio efficit in omnibus causis, in quibus ab initio unum præstari debet, ex cessatione autem debitoris aliud incipit peti posse, deque eo litem secum contestari debitor passus est. Exempla sunt in *L. si Titius*, 9. *supra*, *et* L. 1.
11 *supra*, *de pe. leg.* † An autem in dandi obligationibus idem probandum sit, ut et post litem contestatam nihil debitori prosit rem petitam offerre ad purgandam moram, nec si recuset petitor accipere, moram faciat, quæsitum est. Vulgo idem hic quoque receptum est. Sunt, qui negent, propterea quod eadem hic res debeatur post litem contestatam, quæ et ante debeatur; ut non possit dici reus cum eandem rem offert, alterius rei actionem auferre creditori. Et recte dicerent, si re petita nullius alterius rei obligatio iudicio contraheretur, quam eius ipsius, quæ petita est. Nunc autem iudicio accepto multo plura incipiunt deberi. Venit enim in iudicium omnis caussa, idest, et fructus et partus, et alia commoda rei adiuncta. *L. 2. supr. de usur. L. cum fundus*, *supr. si cer. pet. L. præterea*, *supr. de rei vind.* veniunt et sumptus litis. *L. eum*, *quem temere*, *supr. de iud.* Hæc nisi omnia offerantur petitori, et ita offerantur, ut illi satisfiat, non offertur quod illi eo iudicio præstandum est. Ideoque iuste rem petitam solum oblatam recusat accipere. Neque alius locus, quo magis id ita esse declaretur, quam §. *ult. Instit. de per. et temp. act.* quo tamen nonnulli probari volunt reum post litem contestatam rem petitam offerendo purgare moram. Illic enim ita scriptum est; *si ante rem iudicatam is eum quo actum est*, *satisfaciat actori*, *officio Iudicis convenit eum absolvere.* Non satisfit actori solius rei petitæ oblatione, ut ostendi. Deinde etsi omnia offerantur, quæ præstanda sunt; tamen ex supra scriptis verbis satisfieri debet arbitrio Iudicis et æstimatione. Sic enim præcipitur, ut a Iudice reus in ea re absolvi debeat, non ipse sibi hoc sumere, ut dicat sed obtulisse omnia, quæ debuit. Et sane ius ita est, ut Iudici statim atque Iudex factus est, omnium rerum officium incumbat, quæcunque in iudicio versantur. *L. ædiles*, §. *item sciendum*, *supr. de æd. ed.* Quo fit, ut re semel in iudicium deducta, si neget actor se quidquam sine iudice accipere, quod dicat sibi a reo non satisfieri, eoque rem totam sententiæ Iudicis permittat, nihil videatur in eo recusare sine caussa, sed ea potestate uti, quam iuris et æquitatis ratio illi concedat. Quod si verum est, recte definiemus in universum, post litem contestatam nullius rei oblatione sola moram a reo purgari posse, ut si petitor sine iussu Iudicis accipere nolit, quod offertur, dici possit, eum iniuste recusare, eoque moram facere; sive aliud offeratur, quam pecunia, quæ in iudicium deducta est; sive offeratur res ipsa promissa, quæ et iudicio petita est. Videamus, num quid sit, quod his adversetur; non enim desunt loci, quibus videatur significari et adversus pœnam certo commissam, et item post litem contestatam moram purgari posse id offerendo, quod ante poterat recte offerri. † Ac primum in pœnæ stipulatione, 12
an commissa pœna ob id, quod quid sua die datum, factum non esset, nihilominus mora aliquando purgari possit, dubium fecit *L. etsi post. supr. si quis caut.* ubi ita scriptum est, etsi post tres, aut quinque, pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agenti potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit; consequens est dici defendi eum debere per exceptionem. Sunt, qui negent hic pœnam esse promissam, sed velint reum simpliciter promisisse se iudicio sisti certo die. Proinde fieri hic convenienter omnibus aliis faciendi stipulationibus, si in hac etiam specie dicamus ubi factum non est, quod fieri debuit, reum ante litem contestatam faciendo liberari. L. *si insulam*, *supr. eod.* Et sane de pœna promissa nihil illic expressum est. Sed quod dicitur reum per exceptionem defendi; quod proponitur etiam actoris ius ex mora non esse factum deterius, hæc satis significant pœnam in ea specie fuisse promissam, si reus sua die non sisteret. Quod enim dicitur defendi reum per exceptionem, declarat aliquam esse actionem adversus eum ob eam caussam, quod iudicio non stiterit. Non est enim exceptio nisi adversus actionem Iure Civili comparatam. *Inst. de exc. in pr.* Non potuit autem ex stipulatione faciendi adversus eum esse actio, nisi aut in id quod interest, aut ad pœnam, de qua cautum sit, quæ ut plurimum his stipulationibus ad-

adiici solet. §. *ult. Inst. eod. L. si pœnam*, *supr. eod.* Actionem porro in id quod stipulatoris interest non fuisse satis ostendit Caius, cum proponit actoris ius non esse factum deterius ob id, quod reus sua die non stitisset, nihil enim amisit is, cui ius agendi æque est integrum, ut ante. Quod si nihil amisit, nihil eius interest: cum definiatur id quod interest, id quod mihi abest, quodque lucrari potui. *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* Unde intelligi necesse est, quoniam hic aliqua fuit actio adversus reum, qui iudicio non stitit, eam ad pœnam commissam competiisse. An ergo pœna hic semel commissa evitari potest, quia prætoria stipulatio est iudicio sisti; *L. 1. in pr. infr. de præt. stip.* prætoriæ autem stipulationes ut legem accipiunt de mente Prætoris; sic ex mente eius benignius interpretandæ sunt? *L. in conventionalibus*, *supr. eod.* Nam et hoc quibusdam placet. Sed dicitur, ut mihi videtur, parum apposite. Agitur enim non de stipulatione iudicio sisti; sed de stipulatione pœnæ, quam conventionalem esse constat, et tum committi, cum conditio eius extiterit. Id autem fit, cum reus sua die non stitit. Quod si fateremur hanc ipsam stipulationem pœnæ esse prætoriam: attamen cum dies sistendi adiectus esset, negari non posset, quin eo die præterito stipulatio ex conventione esset commissa, ut in ea re et conventione tam aperta non sit interpretationi locus; præsertim cum in hoc genere stipulationum non minus, quam in cæteris consilium detur, ut nobis caveamus certæ pœnæ stipulatione adversus incertitudinem eius, quod interest. *L. ult. infr. de præt. stip.* Id quod si facimus, non minus ex ea stipulatione nobis consultum esse debet. Alioqui frustra nobis caverimus. Quid restat igitur, nisi ut id sequamur, quod iam olim de hoc loco scripsi in *Commentario de mora circa finem*, ubi et de purgatione moræ eadem prope disserui, quæ supra? quod et nunc mihi videtur verissimum: nunquam scilicet pœnam evitare licere id offerendo, quod prius præstari debuit, nisi actum id intelligatur, ut liceret. Id vero in superiore caussa tacite actum videri, cum actor, qui certo die iudicio rerum sisti stipulatus est, idem nisi stitisset, stipulatur pœnam. Id enim agit, ut reus se iudicio sistat: atque hac gratia pœnam stipulatur, non utique propter factum ipsum, quasi velit reum in iudicium venire nullius alterius rei causa, quam ut illic concipiatur; sed quia eius interest eo die cum illo ageret: ac nisi interesset, non est hoc animo, ut velit ullam obligationem interponi. Finge ergo nihil eius interesse reum eo die sisti, quia etsi non stiterit, non sit factum ius actoris deterius. Pœna quidem secundum verba committetur, si reus sua die in ius non venerit: sed ex sententia contrahentium, et eo quod tacite agitur, pœnam peti iniquum est, si post aliquot dies reus secum experiundi potestatem faciat sine ullo damno petitoris. Quapropter doli exceptio reo dabitur, non dissimiliter atque fieri diximus in specie *L. 3. supra eod.* An etiam huic parti quidquam adversetur *L. si ita quis*, 135. §. *Seia*, *infra*, ibi dicemus. Hæc de pœnæ stipulatione. Dubitatum est etiam, num et post litem contestatam liceret quandoque purgare moram, et id quod interest, evitare id offerendo, quod prius offerri poterat. Quod quidem certis locis significari videtur; præcipue tribus: de quibus breviter consideremus. † Primus locus est *L.* 13
3. §. *ult. et L. 4. infra*, *iud. sol.* in cuius specie reo, qui iudicatum solvi satisdederat, copiam sui non faciente, neque defenso, actum erat cum fideiussore ob rem non defensam. Placet nihilominus adhuc licere reo quamvis post litem cum fideiussore suo contestatam suscipere rei defensionem, de qua suscipienda satisdatio caverat: non solum ut non præstet id quod interest actoris, quod in iudicium prius cum fideiussore institutum deductum erat: sed etiam ut fideiussorem ipsum eius præstatione liberet. Dicendum est nihil offerri post litem contestatam, cuius quidem litis ratio haberi debeat: defensionem enim offert reus; sed offert ante litem secum contestatam. Nec ad rem pertinet, quod erat contestata cum eius fideiussore: hoc enim inter alios actum est, quod in eius causa debet ita haberi, quasi omnino actum non esset, ne res inter alios acta alii noceat. *C. res inter. al. ac.* At enim liberatur fideiussor ea defensione obligatione iudicati, et quidem post litem cum illo contestatam. Non fit hoc, quia moram hic purget aut ipse, qui nihil offert, aut reus pro eo, cum reus suo nomine defensionem suscipiat, non alieno: sed accessionis natura necessario hoc evenit, ut ab obligatione eius quod interest, liberato reo, una etiam liberentur et accessiones, ut fideiussores. *L. in omnibus speciebus*, *infra*, *de sol.* † Alter 14
locus est *L. fideiussor*, *supr. de dolo mal. exc.* Fideiussor ab emptore ob evictionem datus mota venditori proprietatis lite conventus, ut eum iudicio defenderet, tandem prædio evicto evictionis nomine condemnatus

tus est: condemnatus offert venditori prædium, quod evictum est, et omnia quæ iudicio empti continentur, ut fructus, ut sumptus litis, ut cautionem duplæ ob evictionem. Quæritur, an sit audiendus. Scævola ait eum adversus venditorem agentem ex causa iudicati exceptione doli defendi posse: sic tamen ut Iudex æstimet, ut pro damnis emptori satisfiat. Quidquid hic dixerimus, revera hic offertur aliud, quam quod re iudicata continetur, si substantiam et speciem rerum spectamus. Intelligendum est enim, cum prædium evictum ante rem iudicatam non præstatur, condemnationem fuisse adversus fideiussorem in id, quod interest. *L.* 1. *L. ex empto*, §. *idem ait*, §. *idem Neratius ait venditorem*, *supr. de act. em. L. si quis ab alio*, *in fi. supr. de re iud.* Et quoniam Iudex certam condemnationem facere debet, etiam si de incerta quantitate apud eum actum sit: §. *curare*, *Inst. de act.* licet hoc quoque intelligere Iudicem in hac causa æstimavisse prius, quanti interesset actoris, ac certa summa comprehensa, fideiussorem in tantam pecuniam condemnasse, *d. L. si quis ab alio in fin.* in pecuniam, inquam, non in prædium, aut res alias. Quo fit, ut si fideiussor postea prædium offerat, et cautionem et alia corpora, quam pecuniam numeratam, is aliud offerat, quam quod ex caussa iudicati debuit. Quod et agnoscit in proposito Scævola, fateturque summo iure nihil eorum offerri posse ad evitandam summæ ex caussa iudicati debitæ præstationem. Cum enim dicit exceptionem a fideiussore ista offerente opponi posse, satis declarat eum iudicati actione ad alias res ipso iure teneri: quia non sit exceptio nisi adversus actionem contrariam ipso iure constitutam. *Inst. de exc. in pr. et* §. 1. Et sane hoc efficit regula iuris, aut aliud pro alio invito creditore solvi non possit. *L.* 2. §. 1. *supr. si cert. pet.* Sed tamen placet Scævolæ, si hæc offerat fideiussor quamvis condemnatus, eum per exceptionem liberari. An non ergo id iam superioribus contrarium est? minime: non utique quia fideiussor moram prius non fecit: satis est, si dicatur eum litem contestando obligasse se in id, in quod condemnabitur sententia iudicis: prius enim negavimus posse quemquam actionem creditori semel quæsitam invito auferre. Sed res sic habet: subtilitate verborum aliud offertur; re ipsa offertur id, quod iudex et actor senserunt. Quippe in sententia comprehensa est rerum æstimatio. Is ex sententia Iudicis et actoris præstat æstimationem, qui præstat rem ipsam, cuius nomine illa æstimatio in condemnationem venerat, et multo etiam plus. Id enim præcipue agebatur ab emptore, ut præstaretur res empta: nec ob aliam caussam ad æstimationem ventum est, quam quod res non præstatur, et ut ea cedat in locum rei emptæ: quæ si præstaretur, supervacua esset omnis rei æstimatio. Quare dum alia damna æstimentur a Iudice, et pro his satisfiat actori, ut vult Scævola, abunde illi omnibus rebus etiam ex sententia Iudicis satisfactum intelligitur. † Tertius locus 15
est, qui perspicue videatur admittere purgationem moræ et alterius rei oblationem etiam post litem contestatam, L. *hoc edicto*, *supr. de pub.* Hoc edicto, inquit Caius, (loquitur de edicto, quo actio in duplum adversus publicanum datur, si res adempta restituta non erit, quod extat in *L.* 1. *eod. tit. de pub.*) *hoc*, inquam, *edicto efficitur*, ait, *ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat: post acceptum vero iudicium nihilominus pœna duret: sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est.* Si post acceptum iudicium dupli pœna durat, perspicuum est ideo durare, quia prius in iudicium venerit litis contestatione, ac de ea contracta sit iudicati obligatio, ut contraheretur obligatio eius, quod interest in faciendi obligationibus: et tamen vult Caius post acceptum iudicium aliud offerentem reum liberari, non solum contra L. *si insulam*, *supr. eod.* sed etiam contra manifestam æquitatem, qua efficitur actionem semel actori quæsitam auferri non posse, et in summa adversus ea omnia, quæ ad hanc oblationem post litem contestatam repudiandam supra diximus. Si edicto efficeretur, ut res adempta etiam post iudicium acceptum posset restitui, atque hac conditione actio daretur, quæstio esset sublata: sic enim constaret pœnam dupli non simpliciter deduci in iudicium, sed peti hac conditione, si res restituta non erit: atque hoc modo recte diceretur rei ademptæ oblatione non adimi actori actionem iudicati prius quæsitam, quia hæc prius absolute quæsita non esset. Diceretur etiam recte hic aliud non offerri, quam reus debeat, quia edictum faceret huius rei offerendæ potestatem. Sed prima fronte non modo non videntur huic sententiæ suffragari edicti verba, verum etiam videntur ultro eam repudiare. Prætor enim nihil amplius pollicetur, quam se actionem in duplum daturum, si res adempta restituta non erit. *L.* 1. *sup. de pub.* quibus verbis aperte

te pollicetur actionem dupli, si tunc, cum actionem dabit, restituta res non erit, non si restituetur postea. Ne qua autem hic esset dubitatio, quin eo edicto non liceret post iudicium acceptum pœnam evitare, id Caius evidenter confirmasse videtur superioribus illis verbis, quæ retulimus. Diserte enim ait edicto effici, ut re restituta actio evanescat; sed ita, si restituetur ante acceptum iudicium. Post acceptum vero iudicium nihilominus pœnam durare, idest, pœnæ actionem: nempe ex edicto, ut proposuerat. Sed puto verissime dici edicto hoc effici, ut liceat etiam post acceptum iudicium rem ademptam restituendo pœnam evitare. Hæc enim verba edicti, *si ademptum restitutum non erit*, sic accipienda esse, si arbitrio Iudicis restitutum non erit: ut efficiatur id, quod Bartolus ad dissolutionem huius loci scripsit ad *L. si insulam, supra*, actionem dupli adversus publicanos constitutam esse arbitrariam. Et si quidem hæc verba adiecta essent, *arbitrio iudicis* nulla esset dubitatio: nam et actio quod metus caussa datur in quadruplum ob rem metu ablatam: quia tamen datur hac conditione, si ea res arbitrio Iudicis non restituetur, ut indicatur in *L. item si cum*, §. *pro eo autem*, *supra*, *quod met. caus.* inde intelligitur esse arbitrariam, idest, ita dari, ut reus potestatem habeat usque ad sententiam ab arbitro datam rem extortam restituere: tum autem quadrupli condemnationem patiatur, cum restituere iussus non restituerit, *d. L. item si*, §. *hæc autem.* Nunc autem in edicto de publicanis, solum hæc verba sunt, *si restitutum non erit*; hæc non adduntur, arbitrio Iudicis. Sed nihilominus et hæc intelligenda sunt: idque ex usu et more Prætorum in actionibus proponendis cognosci potest. Cum enim actionem præcise esse volunt in duplum, triplum, aut quadruplum ob maleficium, statim ab initio dupli, tripli, quadrupli actio ab illis proponitur sine ulla conditione, sive ademptum restituetur postea, sive non restituetur: ut fit in actione furti manifesti, et nec manifesti, item vi bonorum raptorum. Cum autem actionem in pœnam ita proponunt, ut addant conditionem, si res restituta non erit, arbitrariam faciunt; id est, ita proponunt, ut velint non aliter reum condemnari, quam si nunquam ante sententiam restituerit: ut fit in actione quod metus causa: quod declaratur in §. *item actio*, *Instit. de act.* Etsi igitur alicubi hæc conditio simpliciter erit expressa, si ademptum restitutum non erit, neque erit additum, arbitrio Iudicis; tamen hoc ipso quod conditio hæc addita erit, actionem esse arbitrariam ex consuetudine Prætorum interpretari debemus. Quid ergo sibi vult, quod in *dict. L. hoc edicto, de publica.* dicitur in hac actione post iudicium acceptum pœnam nihilominus durare? Id ipsum, quod supra ostendimus, ut verba scripta sunt, pœnam durare post iudicium semel acceptum ita, ut evitari nulla alterius rei oblatione possit: ex mente autem et sententia Prætoris conditionem ita debere accipi, si res non erit restituta arbitrio Iudicis: secundum quam conditionem eveniet, quod Caius subiicit, ut absolvendus sit reus, etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est. Hoc autem cum fiet, nihil fiet, in eo præter obligationem iudicio contractam, ne quis dicat hic moram adversus eam obligationem purgari; nec satisfiet in eo actori aliter, quam officio Iudicis: quod cum iis quæ supra de oblatione rei debitæ post litem contestatam recipienda docuimus, optime convenit.

Ad. §. Nunc videamus.

Nunc videamus in quibus personis hæc constitutio locum habeat, quæ inspectio duplex est: ut primo quæramus quæ personæ efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones (autem) an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet. Quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? Cuius sententia vera est.

Itaque perpetuatur obligatio tam in isporum quam successorum suorum persona. Accessionibus quoque suis, idest fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam caussam spoponderunt.

An filiusfamilias qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat: scilicet quasi accessorem intelligens eum qui iubeat.

SUMMARIUM.

1. *Quorum culpa quibus perpetuet obligationem.*

1 HIC et *sequenti* §. tractat, quorum culpa quibus perpetuet obligationem, quod significat, quorum culpa quibus noceat, efficietque, ut hi quibus nocet, perpetuo teneantur. Locus a me expositus est ad *L. cum filiusfa. supr. eod.*

Ad §. Effectus huius.

Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. Sed et acceptum ei posse ferri creditur, et fideiussorem accipi eius obligationis nomine.

Novari autem an possit hæc obligatio, dubitationis est: quia neque hominem qui non est, neque pecuniam quæ non debetur, stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.

SUMMARIUM.

1. *Perpetuationis effectus.*

1 HOC constituto culpam debitoris perpetuare obligationem, idest, efficere, ut perinde teneatur debitor culpa admissa, quasi semper res extaret: consequens esse apparet, ut quæcunque locum habent, dum extat vere res promissa, eadem et tunc locum habeant omnia, cum aut debitor fecit, quominus res dari posset, aut post eius moram res periit: quem effectum esse dicit Paulus superioris constitutionis. Si res extaret, peti posset: ergo et post culpam debitoris si perierit, peti adhuc poterit, inquit. Non quod corpore rei sublato non debeatur iam æstimatio, ac non debeat ipsa peti, et condici: nam quomodo deberetur, aut præstaretur ipsum corpus, quod non est? *L. in re, supr. de cond. furt.* sed quia cum æstimatio petitur, aut præstatur, ipsa res debita videtur peti et præstari: cum æstimatio pro ea re præstetur subsidio. Item si res extaret, posset accepto ferri. §. *item per acceptilationem, Instit. quib. mod. tollitur oblig.* ergo et post culpam perempta accepto ferri poterit. Eadem si extaret, eius rei nomine recte fideiussores intervenirent, qui alioqui sine obligatione principali, cui accedant, obligari non possunt. §. *fideiussores, Instit. de fid.* Proinde et re post culpam amissa, fideiussor recte dabitur eius obligationis nomine. Postremo re extante liceret creditori eam rem iterum stipulari a debitore, aut quovis alio novandi animo, ut prior obligatio tolleretur, et contraheretur nova. *L. 1. infr. de novat.* Quare et si post culpam perierit, licebit creditori idem facere; tametsi dici soleat rem quæ non est, in stipulatum deduci non posse. Qua de re dictum est ad *L. inter*, §. *pen. supr. eod.*

Ad. L. Si ita stipuler. 92.

DE hac specie dictum est ad L. *stipulatio ista*, §. *si quis ita, supr. eod.*

Ad L. Si sic stipulatus fuero. 93.

Idem lib. III. *ad Vitellium.*

Si sic stipulatus fuero: *per te non fieri quominus hominem ex his quos habes, sumam?* electio mea erit.

SUMMARIA.

1. *Stipulator potestatem sumendi rem unam ex pluribus sibi excipiens, electionem sibi excipit.*
2. *Sumere quid.*

QUI

1 QUI potestatem sumendi rem unam ex pluribus stipulando sibi excipit, is verbi ipsius significatione sine ulla ambiguitate electionem sibi excipit: ut non sit mirum, si in conventione aperta eius electionem esse dicamus. *L. ubi*, §. *qui il-*
2 *lud*, *supr. eod.* † Nam sumere non est oblatum ab alio capere, sed pro arbitrio deligere et sumere id, quod libet, ut hi loci ostendunt. Terent. in *Phormione*:

. . . . cæna dubia apponitur
Quid istuc verbi est? Ph *Ubi tu dubites quid sumas potissimum.*

Sumite materiam vestris, qui scribitis æquam
Viribus . . . .
idest, deligite.

Horat. *in arte*:

Ad L. Triticum. 94.

Marcellus lib. III. *Digestorum.*

Triticum dari oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est, non iuris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, idest certi generis, certæ quantitatis: id habebitur pro expresso: alioquin si cum destinare genus et modum vellet, non fecit: nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio rei, quæ quantitate constat, non adiecta certa quantitate, quatenus inutilis.*
2. *Stipulatio tritici infinite in stipulatum deducti, an valeat.*
3. *Verba IC.* Si de tritico cogitaverit, *quomodo accipienda.*
4. *Antinomia* L. Quidquid, infr. eod. *discussa.*
5. *In stipulatione tritici non necesse est qualitatem exprimi.*

1 REM, quæ quantitate constat, ut triticum, non adiecta certa quantitate inutiliter stipulari nos traditur in *L. ita stipulatus, infr.* Id Marcellus hoc loco docet sic accipiendum esse, nisi stipulator de certa quantitate cogitaverit: nam si cogitaverit de aliquo tritico, idest, certi generis, et certæ quantitatis, utrumque ait habendum
2 pro expresso. † Ex quo bene idem Marcellus, cum quæritur, an tritici infinite in stipulatum deducti stipulatio valeat, quæstionem esse dicit facti, non iuris: posteaquam de ea nihil in universum et semel definiri potest; sed ius ex facto pendet, et pro varietate circumstantiarum facti variatur, ut proinde necesse sit prius quæri quid factum sit: has enim quæstiones facti, illas iuris vocamus. *L. mora*, *supr. de*
3 *usur.* † Quod ait, si stipulator *de aliquo tritico cogitaverit*, sic interpretandum est, si cogitaverit utiliter, idest, ita ut et exprimeret, et præterea promissor in idem consentiret. Nam de certo si cogitavit, sed quod exprimeretur postea in stipulatione, neque id fecit, nihil egit: idque est, quod Marcellus subiicit, *si cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil eum stipulatum videri*: et certe non potest probare se de eo cogitasse, quod non expressit. Sed nec quidquam prodest illum de certo tritico cogitasse, idque etiam dixisse, nisi promissor in eandem rem consenserit: non enim perficitur stipulatio sine consensu. *L. inter*, §. 1. *supr. eod.* ut appareat his verbis, *si stipulator de aliquo tritico cogitaverit*, hoc significari, si de certo tritico inter contrahentes actum sit. At quomodo intelligemus actum esse, si neque quantitas neque genus, idest, qualitas stipulatione exprimatur? Ex conventione, quæ præcesserit de certo tritico dando, cuius deinde firmandæ caussa stipulatio secuta sit: receptum est enim, ut quæ in præfationibus concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita credantur. *L. Titia* §. 1.
infr. eod. † Hoc loco opponitur *L. quidquid*, *infr. eod.* in qua scriptum est omissum intelligendum esse in stipulatione, quidquid palam verbis non exprimatur. Sed non adiicitur, verbis stipulationis. Fatendum est igitur verbis oportere exprimi, quidquid stipulatione valere volumus: sed quæritur, quibus verbis; utrum stipulationis, an conventionis præcedentis, ad quam stipulatio referatur. De quo quia nihil adiicitur in d. *L. qutdquid*, ex hoc loco sumendum est: quo iudicatur satis esse, si conventionis præcedentis verbis ex-
primatur. † Illud dubitationem afferre po- 5
test hoc loco, quod Paulus in stipulatione tritici coniungit hæc duo, *certi generis et certæ quantitatis*: quod sic potest accipi, quasi

si ad vim stipulationis de tritico necesse sit agi de certo genere tritici, idest, de certa qualitate, non aliter quam de certa quantitate agi necesse est. Sed hoc non ita est. Quantitatem necesse est adiici. *d. L. ita stipulatus*, *infr.* Qualitas impune omittitur. *L. ubi*, *supr. eod.* Neque hoc mutatur hoc loco. Paulus ait initio pro expresso habendum esse, quod de his cogitatum est. Nihil hinc aliud colligitur, nisi si quid ex his cogitatum non sit, pro expresso habendum non esse: quod non significat hoc aut aliud ad vim stipulationis exprimendum aut cogitandum esse. Deinde ait, nihil stipulatum videri eum, qui cum designare (sic enim legendum esse apparet) genus, idest, qualitatem, et modum, idest, quantitatem vellet, non fecit. Nempe eum negat stipulatum, qui coniunctim hæc duo omiserit, et quidem tum cum ea designare vellet. Hinc non colligitur si quis horum alterum voluerit designare, neque designarit propterea inutilem esse stipulationem.

Ad L. Qui insulam. 95.

Vide *L. ita stipulatus.* 115. *in pr. infr. eod.*

Ad L. Qui servum. 96.

TEmperamentum est eius sententiæ, quæ traditur in *L. si ex legati*, 23. *et L. si servum*, *in prin. supr. eod.* de quo utroque in loco diximus.

Ad L. Si ita stipulatus. 97.

Celsus lib. XXVI. *Digestorum.*

Si ita stipulatus fuero, *te sisti? nisi steteris*, *hippocentaurum dari?* proinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem.

SUMMARIA.

1. *Dubitatio huius loci unde nascatur.*
2. *In specie hac, Te sisti et nisi stiteris, hippocentaurum dari, cur stipulatio prior utilis, posterior inutilis.*
3. *Stipulatio posterior pœnalis, quando proficiat ad novationem præcedentis obligationis.*

1 SCriptum est in *L. obligationum fere*, §. *ult. supr. prox. titu.* si quid fieri stipulatus sim, et si non feceris, pœnam; exsistente pœnalis stipulationis conditione transire priorem in posteriorem, et quasi novationem prioris fieri, ut iam nihil debeatur, nisi pœna. Hinc dubitatio huius loci, videaturne hic ulla stipulatio esse utilis, cum ita stipulatus sum te sisti, et nisi stiteris, hippocentaurum dari: Nam posteriorem plane inutilem esse constat, ut stipulationem eius rei, quæ natura dari non possit. *Inst. de inut. stip. in pr. L. si stipulor*, *supr. eod.* Prior per se valere poterat; sed cum in faciendo sit, ut diximus pœnali stipulatione subiecta priorem tolli, translatam in posteriorem, videri potuit et hæc ipsa novationis iure inutilis esse constituta. Sed *perinde erit*, inquit Celsus, *atque si te sisti solummodo stipulatus*
2 *essem.* † Quo significatur priorem hanc saltem utilem futuram. Quod expressum est in *L. si ita stipulatus.* 126. §. *ult infr. eod.* An quod pœnalis stipulatio accessio est prioris, nec accessio infirmare potest principalem obligationem? Si pœnalis stipulatio prioris accessio esset, non novaret priorem, sed confirmaret magis. *L.* 4. §. *si ex conventione*, *supr. de re iud.* Non dubium est, quin hæc causa sit, quod cum in posteriore quamvis principali nihil sit, cur priorem tollat, necesse sit priorem, quæ initio fuit utilis, etiam nunc manere: atqui in hac posteriore nihil est. Atenim pœnalis stipulatio transfert in se priorem faciendi obligationem, cui subiecta est. † 3
Hoc ita accipiendum est, si in pœnalem stipulationem deducatur id, quod dari potest, ut natura sua sit utilis stipulatio. Quod si id deducetur, quod promittenti impossibile sit, posterior ipsa inutilis ad novationem præcedentis obligationis proficere non potest. *L.* 1. *supr. de novat.* ad quod demonstrandum hæc species pertinet: idque ita interpretatur Paulus in *d. L. si ita*, 126. §. *ult. infr.*

Ad §.

Ad §. Possum utiliter.

Possum utiliter a te ita stipulari: *Titii nomine te soluturum?* neque enim hoc simile est illi, *Titium daturum?* sed ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum: et ideo si loclupes sit Titius, nihil ex hac stipulatione consequi possim. Quid enim mea interest id a te fieri, quod si non feceris æque salvam pecuniam habiturus sum?

SUMMARIA.

1. *Stipulatio*, Nomine Titii te soluturum, *valet.*
2. *Ex stipulatione hac promissor quatenus teneatur.*
3. *Stipulatio superior faciendi est, non dandi.*
4. *Stipulatio hæc diversa a fideiussione.*
5. *In faciendi obligationibus promissor ad faciendum si facere potest, præcise non tenetur.*

1 PRomisisti te mihi nomine Titii soluturum. Perspicuum est hic te factum tuum promisisse, non alienum: eoque nihil dubii esse potest, quin stipulatio valeat: *L. stipulatio ista*, *L. inter*, *supr.* †
2 Sed quatenus tenearis, quæritur. In quo singulare responsum Celsi animadvertendum est. Nam verbis congruere videbatur, ut cum generaliter promiseris te soluturum, possim tecum agere, sive Titius solvendo erit, sive non erit, arg. *L. non est*, *supr. de trans.* Ille autem respondet hactenus te mihi teneri, quatenus Titius facere non poterit. Et vero optime confirmat, si verum est, quod sumit: docet enim effici natura stipulationis, seu rei promissæ. Quippe, inquit, *ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum. Quid autem mea interest id a te fieri, quod si non feceris, æque salvam habiturus sum pecuniam?* Recte, si modo hoc etiam verum est ex hac stipulatione agi solum posse, dum mea interest. At huius rei probatio requiritur, quam il-
3 le prætermisit. † Nimirum hoc sentit, et sumit pro confesso, stipulationem hanc, *Te Titii nomine soluturum spondes?* faciendi stipulationem esse, non dandi. Quo posito consequens fuit dici ex iure certo venire in stipulationem id, quod stipulatoris interest. L. *si pœnam*, *supr. L. si quis ab alio*, *supr. de re iud.* Est autem verissimum, quod promisisti te soluturum nomine Titii, in eo te promississe facturum, te non daturum. Etsi enim his verbis promisisti te pecuniam mihi daturum, sine quo liberatio non contingit: *L. si is cui*, *infr. de sol.* tamen non id promisisti simpliciter, sed hoc addito, daturum te liberandi Titii caussa: in quo nihil aliud promittis, nisi te Titium solutione liberatum. † Non adversatur huic sententiæ, quod 4
iure vetere fideiussorem, cuius nihilominus eadem obligatio videtur, placuit relicto principali reo statim conveniri posse. *L.* 3. *L.* 5. *C. de fid.* Bene enim Duarenus non eandem esse ait obligationem fideiussoris; ut qui alienam obligationem in se suscipiat tanquam suam: unde et solvens suo nomine solvere credatur, non alieno. *L. Papinianus*, *supr. mand.* Obligatur is quidem et nomine alieno, idest, debitoris; nec quidquam prohibet illum eius nomine solvere, sed potest simul solvere et suo, ut docet idem Celsus in *L. indebitam*, *supr. de cond. ind.* quod proprium est fide-
iussoris. † Obiter locus notandus est adversus eorum sententiam, qui statuunt in faciendi obligationibus promissorem teneri præcise ad faciendum, si potest facere. Nam hic poterat solvere promissor nomine Titii; neque tamen ab eo exigitur, ut solvat, sed liberatur præstando id quod interest; atque adeo si stipulatoris nihil intersit, omnino non tenetur. 5

Ad §. Si tibi nupsero.

Si tibi nupsero, decem dare spondes? caussa cognita denegandam actionem puto: nec raro probabilis caussa huiusmodi stipulationis est. Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.

SUMMARIA.

1. *Ut donatio inter coniuges, sic coniugum stipulationes donationis caussa iure sunt prohibitæ.*
2. *Stipulatio in nuptiarum tempus collata an utilis.*
3. *Stipulationis caussam probandi onus utri incumbat.*

DO-

1 DOnationem inter virum et uxorem interdictam esse constat L. 1. 2. 3. *supr. donat. int. vir. et ux.* Ea propter nec maritus ab uxore, nec uxor a marito quidquam stipulari potest donationis caussa, quia ex hac caussa lex dari vetet. *L.* 3. §. *sciendum, supr. eod. de donat. int. vir. et ux. L. si stipulor, supr. eod.* Iam vero nihil interest, utrum uxor stipuletur a marito donationis caussa; an vero quæ uxor non est, stipuletur ab extraneo, sed in eum casum, cum eius uxor esse cœperit.
2 *L.* 4. *C. de don. prop. nupt.* † Hinc quæsitum, si alteri nuptura stipuletur ab eo sibi decem dari, si illi nupserit, an ex stipulatione actio danda sit, necne; quia stipulatio donationis speciem habeat. Celsus ait denegandam actionem, sed caussa cognita; quia sæpe probabilis sit caussa eius stipulationis. Significat caussam stipulandi esse spectandam: ut illa erit, ita et stipulationem futuram. Si donationis caussa mulier stipulata est, stipulatio non valebit, ut diximus. Si ex alia caussa, veluti, emptionis, permutationis, legati; quoniam nihil cæterarum rerum interdictum est inter virum et uxorem, ideo et stipulatio erit utilis. † Sed tamen et hoc quoque Iudici 3
cognoscendum erit, an non ex alia caussa interposita sit stipulatio. Non enim si uxor dicet se stipulatam ex alia caussa, fides ei habebitur; sed secundum regulam iuris, quod dicit, probare debet, L. 2. *supr. de probat.* Plus dicimus; etsi alia caussa stipulandi nominatim perscripta erit in instrumento; tamen si maritus falsam esse dicet, huius rei probatio ab uxore exigetur, ut veram esse doceat. Ut enim in re simili respondit Scævola, videtur maritus eo, quod uxor capere non poterat donationis caussa, in fraudem legis aliam caussam adiecisse. *L. qui testamentum, supr. de prob.* Eadem probanda sunt, si is, qui maritus non erat, stipulatus sit a muliere, si illam uxorem duxisset.

Ad L. Existimo. 98.
Marcellus lib. XX. *Digestorum.*

Existimo posse id quod meum est, sub conditione stipulari: item viam stipulari ad fundum posse, quanquam interim fundus non sint meus, aut si hoc verum est, et alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa caussa meus esse cœperit: confestim perimetur stipulatio. Et si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio: et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea quæ recte constituerunt, resolvi putant cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere.

SUMMARIA.

1. *Stipulari rem, quæ nunc dari nobis non potest, in commerciis tamen hominum sit, quatenus possimus.*
2. *Stipulatio rei nostræ sub conditione utilis.*
3. *Viæ ad fundum alienum stipulatio quatenus utilis.*
4. *Marcelli ratiocinatio in hac L. demonstrata.*
5. *Definitio*, Impossibilium nulla obligatio, *an sit perpetua, remissive.*

1 PRopositum est Marcello statuere hanc sententiam; si qua res mihi nunc dari non potest, quæ tamen sit in hominum commerciis, etsi eam pure stipulari non possumus, sub conditione tamen stipulari nos utiliter, dummodo conditionis existentis tempore res dari possit. Exemplo sunt res duæ, res nostra, et via ad fundum
2 alienum. † Rem meam pure inutiliter stipulor: sub conditione stipulor utiliter. L.
3 *si rem meam, supr. eod.* † Item, viam ad fundum alienum inutiliter stipulor, quia fundo alieno servitus acquiri non potest. *L. si unus, supr. de ser. rust. præ. L. proprium, in fin. L. si quis duas, sup. com. præd.* At sub conditione recte stipulor, ut debeatur mihi servitus, si pendente contione fundus meus esse cœperit. † Non si- 4
gnificat autem Marcellus se dubitare de his rebus, cum subiicit, *aut si hoc verum non est*; sed inest potius in his verbis, et iis quæ sequuntur, argumentum prioris sententiæ ex vi parium et consequentium: estque huiusmodi. Si hoc verum non est, inquit, idest, si non possum, quod meum est, sub conditione stipulari, aut viam sub conditione ad fundum alienum; consequens erit, si alienum fundum sub conditione stipulatus fuero, isque ex lucrativa caussa meus esse cœperit, confestim perimi stipulationem: consequens erit, si fundi dominus sub conditione viam stipula-

latus fuerit, statim fundo alienato evanescere stipulationem, quamvis conditione exsistente res iterum stipulantis facta sit. Vult autem intelligi consequens esse falsum: proinde et illud, unde efficitur. Sed quomodo hæc consequentia, si priora vera non sunt? neque enim cur velit esse consequentia, Marcellus aperit. Et recte consequentia esse dicit. Earum enim rerum, quæ stipulationi obstant, par vis est ad impediendam stipulationem, sive ab initio tales sint, sive tales evadant postea: et quæ res ab initio obstant stipulationi, eæ si postea incidant, corrumpunt stipulationem. *L. pro parte*, *supr. de ser.* ac si quæ non corrumpunt postea, eæ nec ab initio vitiant stipulationem. Itaque si rem meam pendente conditione stipulari ab initio non possum: perimetur et tunc ex eventu stipulatio, cum rem alienam sub conditione stipulatus sum, si pendente conditione res mea facta sit. Similiter et si viam ad fundum alienum sub conditione stipulari non licet; eveniet, ut si ad meum sub conditione sim stipulatus, evanescat stipulatio, si pendente conditione fundus alienatus fuerit. Sentit autem, ut dixi, Marcellus, nihil horum postea incidens corrumpere stipulationem sub conditione contractam, cum ea pendente conditione evenerint. Ex quo efficitur, quod vult, nec ea impedimento esse, quominus ab initio et de iis rebus stipulatio sub conditione recte contrahatur. Nihil hoc argumento certius, si modo id quod vult intelligi, etiam constaret, non corrumpi videlicet stipulationem conditionalem rei alienæ, si pendente conditione mea esse cœperit; non corrumpi stipulationem conditionalem viæ ad fundum meum, si pendente conditione fundus alienatus fuerit. At hoc non minus videtur incertum, quam illud, de quo quæritur, an ab initio rem meam sub conditione stipulari possim, an ab initio viam ad fundum alienum sub conditione stipulari. Quod tamen ille non probat. Nimirum quia, ut apparet, pro certo sumpsit; neque id omnino abs re; cuius probationem ego subiiciam. Cum enim sub conditione quid stipulamur, et ad vim stipulationis quæritur, ex quo tempore æstimanda sit reperiemus alterutrum tempus statui a veteribus, quod spectari debeat, aut id quo contrahitur, ut in L. *si filiusfamil. supra*, aut id quo conditio exsistit, ut in L. *si rem meam*, *supr. eod.* nusquam intermedium tempus. Ut consequens sit veterum sententiæ intermedia tempora non nocere, ut de iis temporibus, quæ in extraneis heredibus spectanda sunt, responsum est. L. *si alienum*, §. 1. *supra*, *de her. inst.* Quare si rem alienam stipulatus sim sub conditione, dum exsistente conditione res in eadem caussa sit, nihil oberit stipulationi, si medio tempore res mea facta sit, ac deinde alienata prius, quam conditio exsisteret. Idemque dicendum est, si viam ad fundum meum sub conditione stipulatus fuerim, et exsitente conditione idem fundus reperiatur meus, etsi medio tempore alienatus, ac deinde receptus a me fuerit. De stipulatione rei meæ separatim dixi ad L. *si rem meam*, 31. *supr.* Quod ait perimi stipulationem fundi, cum meus esse cœperit, sed ex causa lucrativa, cuiusmodi sit, expositum est ad L. *inter*, §. *si rem supr.* Quod definit, ea quæ recte constiterunt, resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere, in rebus in obligationem deductis, quæ adhuc datæ non sunt, de quibus hic agitur, est verissimum. Ratio a me reddita est ad *L. si ex legati supr.* nam hoc modo eventu fit præstatio impossibilis. † Est autem generalis hæc sententia, et ad omnia tempora pertinens, impossibilium nullam esse obligationem. L. *impossibilium*, *infr. de reg. iur.* Sed non esse perpetuam hanc definitionem traditur in L. *pluribus*, *pen.* §. *ult.* ideo quatenus vera sit, ibi dicetur opportunius.

Ad §. Ex hac stipulatione.

Quando ex stipulationibus faciendi agi possit, eadem hic definitio est quæ in *L. si ita stipulatus*, 14. *supr.* de qua illic diximus.

Ad L. Quidquid. 99.

***Celsus* lib. XXXVIII. *Digestorum*.**

Quidquid adstringendæ obligationis est: id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere: nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Cautela pro stipulatore, eiusque omissæ incommoda.*

2. *Ambiguitas stipulationis utri noceat.*

1 SI quis quid certum ex stipulatione consequi velit sine controversia, cavetur hoc loco, primum ut id exprimat verbis; deinde ut palam et aperte, non ambigue: quod nisi fit, denunciantur ei hæc incommoda. Si quod vult, verbis non exprimitur, pro omisso est, ut nec debeatur ex stipulatione. Id quod si de verbis tantum stipulationis intelligitur, interdum falsum est. Ac de quibus verbis accipiendum sit, ostendimus ad *L. triticum*, *supr.*
2 † Quod si quid expressum erit, sed ambigue, ut iam non an verba adiecta sint, sed de verborum interpretatione in hanc aut illam partem quæratur, ambiguitas stipulatori nocet, ac fere secundum promissorem interpretamur: qua de re dictum est ad L. *si ita*, 12. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *supr. eod.* Adiecit Celsus *fere*; quia interdum id agitur, ut fiat ex pluribus id quod stipulatori expedit; nonnunquam aliud accipiendo stipulatio fit inutilis. Quæ cum accidunt; et quod actum est, sequimur, et præterea illud, quod facit, ut stipulatio valeat. *L. eum, qui Calendis*, *supr. L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. iur. L. quoties in*, *supr. hic* alioqui id, quod stipulatori nocet. Cuius sententiæ præter alias, quæ pro reis faciunt, hæc quoque ratio observanda est, quæ hoc loco a Celso redditur, *quia stipulatori*, inquit, *liberum fuit verba late concipere. Late*, idest, non breviter, eoque obscure, sed pluribus, et tam multis, quam multis opus est ad sententiam suam explicandam, ne qua dubitatio relinquatur, ut *late* idem valeat hoc loco, quod plane et aperte. Quod Celsus eo dicit, ut consequens esse intelligatur, si stipulator verba non ita conceperit, et deinde quod in his ambigui est, contra eum interpretemur, nullam in eo illi iniuriam fieri, sed ipsum de se quæri debere. Quod si verbo rem unam significante stipulator usus est; sive id speciei certæ nomen erit, sive generis, aut universitatis, quidquid verbo continebitur, id ut stipulationis verbis comprehensum recte petetur a stipulatore. Ut, si hereditatem stipulatus erit, si bona, si peculium; quidquid ex hereditate est, quidquid ex bonis, quidquid ex peculio, id continebitur stipulatione, et promissor præstare cogendus est. Nec audietur, si dicat se de quibusdam rebus eius generis aut universitatis non sensisse, cum verba contra eum faciant: a quorum significatione non est recedendum, nisi cum certum est aliud sensisse eos, qui his verbis usi sunt. *L. non aliter*, *supr. de leg.* 3. *L.* 1. §. *licet.* vers. *in re igitur*, *supr. de exer. act.* congruit *L. non est*, *supr. de transact.* estque huius sententiæ appositum exemplum in *L. si mihi et Titio*, 110. §. *ult. infr.*

Ad §. Si stipulatus hoc modo.

Si stipulatus hoc modo fuero, *Si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?* non nisi præterito biennio recte petam. Nam etsi ambigua verba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter verum fuit te Capitolium non ascendisse.

SUMMARIUM.

1. *Ex stipulatione hac, Si intra biennium Capitolium non ascenderis, dabis? non nisi præterito biennio recte peti.*

1 DOcet exemplo id, quod prius generaliter definierat, ambigua secundum promissorem nos interpretari. Stipulatio est huiusmodi, si intra biennium Capitolium non ascenderis, dabis? hæc verba, si intra biennium Capitolium non ascenderis: ambigua sunt. Possunt enim sic accipi, si quovis biennii die non ascenderis, ut quocunque die non feceris, cum posses, statim stipulatio committatur etiam ante biennium; quamvis secundum naturam fieri adhuc possit, ut intra biennium ascendas, et prius factum mutes. Possunt etiam sic intelligi, si nullo die intra biennium ascenderis, quia etsi aliquo die id non feceris, nondum tamen immutabiliter, ut Celsus loquitur, verum sit te Capitolium non ascendisse intra biennium. Respondet ergo Celsus in oratione ambigua posteriorem significationem esse accipiendam, ac secundum hanc non nisi præterito biennio recte peti: quia sit videlicet pro promissore. Sic enim sequimur ex pluribus temporibus, quod est longissimum; id quod minus promissorem onerat. *L. si ita.* 14. *supr. L. si ita.* 109. *infr. eod.*

Ad L.

Ad L. Conditio. 100.

Modestinus* lib. VIII. *Regularum.

Conditio in præteritum, non tantum in præsens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt.

SUMMARIA.

1. *Conditio vera est, quæ in futurum confertur.*
2. *Conditiones in præsens aut præteritum collatæ, figura orationis conditiones sunt, re ipsa non sunt.*

1 QUod dicitur sub conditione stipulationem fieri, cum in aliquem casum differtur obligatio, §. *sub conditione*, *Instit. eod.* de vera conditione dictum est. Ea est, quæ confertur in futurum: ut, si Titius Consul factus fuerit, si decem dederit.
2 † Non sunt huius generis, quæ in præsens, aut præteritum conferuntur, veluti, si Titius Consul fuit, aut, si Mævius vivit: hæ rem non differunt, ut hic declaratur, et in §. *conditiones*, *Inst. eod.* item in *L. cum ab*, *supr. si cert. pet.* scilicet, quia si falsæ sunt, statim infirmant, et perimunt obligationem: idest, efficiunt statim, ut nulla sit obligatio: re vera enim non perimitur obligatio, quæ nulla unquam fuit. Si veræ sunt, omnino rem non differunt, etiam si conditionem extitisse apud nos incertum sit, ut adiicitur in *d. L. conditiones.* Conceptione ergo et figura orationis conditiones sunt, unde ita nominantur: re ipsa non sunt. *L. si ita.* 120. *infr. eod. L. itaque*, *supr. si cert. pet.* ideo quod ius de conditionibus constitutum est, ad has non pertinet. Scripsi plura de hoc genere ad *L. cum ad præsens*, *supr. si cert. pet.*

Ad L. Puberes. 101.

Idem* lib. IV. *de Præscriptionibus.

Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

SUMMARIA.

1. *Puberes Curatorem non habentes contrahendo obligantur.*
2. *Puberes, qui Curatorem habent, an sine Curatore obligari possint* et n. 7.
3. *Responsum Modestini de puberibus Curatorem habentibus accipiendum.*
4. L. 3. C. de in int. rest. min. *explicata.*
5. *Verba hæc*, Sine Curatoribus suis, *cum subiecto* Puberes, *in hac L. non esse coniungenda.*
6. *Curatores puberum duobus modis dicuntur.*

1 QUibus puberibus curator non est (ut inviti adolescentes curatores non accipiunt. §. *item inviti*, *Inst. de cur.*) eos et sine curatoris auctoritate contrahendo obligari posse inter omnes convenit. Declaratur id in *L.* 3. *in fin. C. de in int. rest. min.* cum his si contraxerint, datur restitutio in integrum. Neque enim daretur, si ipso iure tuti essent: quod fieret, si omnino non obligarentur. *L. in caussæ*, 2. *supr. de min.* Quod et ipsum non minus hic locus confirmat, cum ita dicitur, *puberes sine curatoribus suis obligari posse.* Sive enim hic puberes intelligi placet, qui curatorem non habent, id exprimitur, quod diximus: sive eos puberes, qui habent curatorem, semper hoc efficietur, si hi etiam sine curatoribus suis obligari possunt, multo magis eos obligari posse, qui ideo sine curatoribus contraxerunt, quia nullum habe-
rent: de his igitur, ut dixi, convenit. † 2
Sed an et qui curatorem habent puberes, sine curatore obligari possint, quæritur. Si esset hic unus locus, ex quo rem decidi oporteret, non ambigeremus, sed statim
responderemus posse. † Nam his verbis, 3
puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, quæ huius loci definitio est, si significationem verborum sequimur, non possumus alios puberes accipere, quam qui habent curatorem. Neque enim dici possunt obligari sine curatoribus suis ii, qui curatores suos nullos habent. Nec puberum curatores recte dixeris, qui puberibus dati non sunt, ut eos sibi haberent puberes. Nunc autem ne continuo assentiamur

mur huic sententiæ, de eadem re scriptum videtur ex professo in contrariam sententiam in dicta *L. 3. in princ. Cod. de in integ. restitut. minor.*
4 † Statuitur enim nominatim illic distinctio, qua in contractu distinguitur minor pubes curatorem habens ab eo, qui sine curatore constitutus contraxit; et cum in prioris persona dixissent Imperatores contractum non oportere servari; posteriori hoc tribuunt, ut possit impetrare in integrum restitutionem. Qua parte aperte declaratur sic in priore pubere curatorem habente [1] contractum non servari, ut iure non servetur, idest, non obligetur minor, nec sit opus restitutione: alioqui nihil differret prior a posteriore. Sed et cur placeat in prioris persona contractum non esse servandum, hæc ratio illic subiicitur, quod non absimilis habeatur minor curatorem habens ei, cui a Prætore curatore dato bonis interdictum est. Quod certius ostendit minorem qui curatorem habeat, sine curatore non obligari. Nam prodigum, cui comparatur, sine curatoris auctoritate contrahentem nullo modo obligari constat. *L. is, cui bonis, supr. eod.* Quæ cum sit ex dissensione horum locorum in sententia huius loci incertitudo, videndum est, huncne locum ex illo, an illum ex hoc interpretari debeamus. Et si quam dubitationem haberet *d. L.* 3. ut in aliam sententiam trahi posset, quam diximus, putarem proprietati et significationi verborum huius loci standum esse; ut sive minor curatorem non haberet, sive etiam haberet, probaremus eum semper sine curatore obligari posse. Sed si sententia illic certa est, non obligari sine curatore eum puberem, qui curatorem habeat; aut statuendum est locos esse hos contrarios, quod Iustinianus fieri vetat; *L. 2. §. contrarium, C. de vet. iur. enu.* aut faciendum, quod in horum locorum conciliatione faciendum esse communi sententia receptum est, ut hic locus cedat alteri, et secundum illius sententiam hunc de iis puberibus, qui curatores non habeant, interpretemur: quam recte aut commode, videbimus paulo post. Nunc ne frustra laboremus, ante statuendum arbitror non posse dictam L. 3. aliter accipi, quam ut intelligatur puberem, qui curatorem habeat, sine curatore non obligari: sunt enim qui dissentientes ab aliis id confidenter negent, in eoque contendant pessime hunc locum acceptum esse ab interpretibus. Sed iam ostendi illa verba; *si minor curatorem habens res sine curatore vendidisti, contractum servari non oportet*, manifestum esse, non aliud illic significare posse, quam contractum non valere ipso iure; non autem per in integrum restitutionem posse postea rescindi. Nam si restitutionis beneficio fieret, ne contractus servaretur, primum non recte distingueretur is, qui curatorem habet ab eo, qui non habet, cum ei qui non habet, etiam detur in integrum restitutio *ead. L.* Deinde non recte minor curatorem habens compararetur in hac venditione prodigo, cum constet prodigi contractum sine curatore quem habet, ipso iure non valere, dicta *L. is, cui bonis, supr.* Si contractus minoris curatorem habentis iure non valet, plus quam certum est eum ex inutili contractu non obligari: non enim ob aliam caussam contractus habetur inutilis, quam quod ius inde obligationem nasci vetat. *L. non dubium, C. de legib.* Negant tamen, ut dixi, nonnulli hanc sententiam esse *L. 3. C. de in int. restitut. minor.* at quamobrem? quia de rerum alienatione loquatur, inquiunt, non de obligatione. Sed manifestius refellitur utrumque verbis rescripti, quam ut longa refutatione cuiusquam indigeat. Aiunt Imperatores, *si minor res vendidisti*; non dicunt, si ex caussa venditionis tradidisti, et ita alienasti; sed si vendidisti, venditio non est alienatio: traditionibus et usucapionibus non nudis pactis, idest, non ullis conventionibus solis dominia rerum transferuntur, seu res alienantur. *L. traditionibus, C. de pact.* idque in venditionis specie nominatim confirmatur in *L. quoties, C. de rei vind.* Deinde aiunt, *contractum servari non oportet.* hic aperte contractus nominatur, non alienatio. Contractus, ut iam dixi, alienatio non est. Sane qui dicunt contractum non esse servandum, iidem vi ipsa statuunt et alienationem ex eo contractu inhiberi: quia nunquam nuda traditio dominium transfert, idest, ea, quam venditio aut iusta aliqua caussa non præcedit, propter quam traditio sequeretur. L. *nunquam, supr. de acq. rer. dom.* sed non eo minus superioribus verbis constituunt interdici contractum. Imo vero de hoc dicunt nominatim; de alienatione autem nihil aperte, sed tantum significant, quod ex priore caussa intelligatur per consequentias. Quanquam non video quid proficiamus, etsi quis concesserit in *d.* L. 3. agi de alienatione. Esto, ita scriptum sit, si minor

[1]) Atqui ex his ipsis verbis arguit *Vult. d. loc.* contractum ipso iure tenere; cum servari et non servari de eo quod nullum est, non dicantur.

nor curatorem habens res ex caussa venditionis tradidisti, alienatio nulla est, vel, alienationem iure ipso servari non oportet, ideone quod de alienatione dicitur, ad contractum et obligationem minoris non pertinet? Imo hoc ipso, quod diceretur omnem, qui curatorem habeat, non posse res alienare sine curatore, confirmaretur nec eum sine curatore obligari posse: idcirco enim alienare non potest, quia non potest deteriorem conditionem suam facere sine curatoris auctoritate: quæ ratio pariter in eo, qui se obligat, locum habet. arg. *tit. Inst. de auct. tut. in princ.* Sed et ratio, qua Imperatores in *d. L.* 3. utuntur, satis probat, quod de una specie dicitur, id pertinere ad alteram. Volunt enim ideo minoris contractum non esse servandum, quia minor, qui curatorem habet: non sit absimilis prodigo. Si hac de caussa sine curatore alienare non potest; hac eadem de causa sine curatore obligari non poterit: quia prodigus ut non potest sine curatore alienare, sic nec obligari *d. L. is cui bonis, supr. eod.* Dubitari igitur non debet, quin in *d.* L. 3. *in pr.* statuatur hæc sententia, minorem si curatorem habeat, sine curatoris sui auctoritate obligari non posse. Ita fit, quod proposui, non ut propter hunc locum superior sententia quæ certa est, mutari debeat; sed ut ea constituta debeat hic locus, si fieri potest, ad illam sententiam revocari; quod et ab interpretibus factum est. Quid ergo, potestne verbis huius loci aptari ea interpretatio, qua fiat, ne hic locus superiori sententiæ adversetur?
5 † Equidem fateor non probare me, quod ad eam rem vulgo dicitur, hæc [a] verba, *sine curatoribus suis*, coniugenda esse cum subiecto, *puberes*, ut sit sententia, puberes, qui sunt sine curatoribus suis, idest, qui curatores non habent, possunt ex stipulatu obligari. Nam primum hæc præpositio, *sine*, soli verbo iungitur, aut quod verbi vim habet, participio: nomini nequaquam: non enim unquam diceremus latine puberes sine curatoribus, pro eo quod est, puberes qui sunt sine curatoribus. Deinde etsi dederimus eos puberes intelligi, qui sint sine curatoribus suis: tamen eadem difficultas ex proprietate verborum obiicitur, quæ foret, etsi diceremus puberes obligari posse sine curatoribus suis. Utrobique enim nominantur puberum curatores: quos si semel puberes possint suos dicere, absurdum videtur, et verbis plane repugnans eos puberes interpretari, qui curatores non habeant: cum sint hæc aientia et negantia, puberes curatores suos habere, et non habere. Ego nihil interesse arbitror, utrum dicamus puberes qui sunt sine curatoribus suis, possunt ex stipulatu obligari; an vero, puberes obligari possunt sine suis curatoribus, ut utrobique puberibus suos esse curatores intelligamus. Sed hoc verbum, *suis*, ambi-
guum est. † Curatores enim puberum duo- 6
bus modis dici possunt, vel ut intelligantur ii, quos habent puberes iam ante sibi datos non iure tantum, sed etiam re ipsa et sua voluntate; vel ut intelligantur curatores, quos ex iure puberes habere debuerint, ut sint hi curatores puberum non tam re, quam iuris destinatione. Illud proprie; hoc abusive, et ἀναφορικῶς, relatione nimirum facta ad id, non quod factum est, sed quod fieri debuit, si cognati, amici, et puberes ipsi in curatoribus adhibendis
et accipiendis officio suo fungi vellent. † Hoc 7
intellecto dicemus puberes obligari posse sine curatoribus suis, idest, iis, quos propter ætatem iure habere possunt et debent. Quod et verum est: possunt enim aliquando sine his obligari; ut autem verum sit eos ita obligari posse, satis est, si possunt aliquando, etsi non semper. Quando igitur sine his obligari possunt? Id hoc loco omissum sumi debebit ex ea distinctione, quæ traditur in *dict. L.* 3. *C. de in integ. restitut. minor.* si curatores videlicet sibi datos iam re ipsa non habebunt, possunt obligari sine curatoribus: si habebunt, non possunt. Fateor hoc modo curatores puberum improprie et abusive dici, nec facile a significatione verborum recedendum esse; sed scimus hanc esse exceptionem, nisi manifestum sit aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, supr. de legat.* 3. Id quod in proposito Modestinum fecisse inde coniecturam facere possumus, quod non ita ius fuerit ipsius temporibus, ut minores obligari possent sine curatoribus vere suis. Idque constare posse ex *dict. L.* 3. ubi id confirmatur ita, non ut ius constituatur de ea re novum, aut nuper natum, sed proponatur distinctio iuris certi, et antea explo-

[a]) Recte equidem hæc *d. L.* 101. expositio quæ Accursii est, ceu vana a Cuiac. Rob. et Don. *hic* per voculam *suis* refellitur. Utut ea placet, Merc. 1. *opin.* 6. qui ita: *sine curatoribus*, idest, qui non habent curatores *suis*, idest, proprios ad differentiam curatorum, qui ad certas aliquando res dantur et Gœd. ad *L.* 21. *de V. S. n.* 18. *et contr. de stip. C.* 7. *n.* 270. vocula *suis* referenti ad creditores commate (,) post vocula *curatoribus* posito. Non recte tamen noster hac ratione utitur. Quæ falsa omnino est. Immo vocula *sine* sæpe iungitur nomini Cic. de *Petit. Consulatus*: Homo iners sine officio, sine ingenio. Et Orat. pro M. Cælio *sub fin.* Clodium vocat hominem sine re, sine fide, sine spe, sine sede, sine fortunis: Sic. Spurii sine patre filii, §. *pe. I. de Nupt.* Similesque loquutiones legenti occurrent. Sic nuptias sine nuptiis dicere licet, ex Caio. 1. *Inst.* 4. §. 1. Regem sine regno, ut et in nostrati lingua phrases hæ crebriusculæ *Herr. ohne Land* et similes.

plorati. Et ut forte id non senserit Modestinus: tamen quid hic conveniat Iustiniani voluntati, spectare debemus, qui utrumque fecit suum, et quidquid vel subtiliter inventum faceret ad conciliationem, id voluit accipi. *L.* 2. §. *tanta*, *et* §. *contrarium*, *C. de vet. iur. enucl.* Sed hic nobis occurritur ab iisdem illis, qui *d. L.* 3. de alienatione loqui dicunt, non de obligatione. Volunt enim hanc sententiam potius esse iuris certi quæ non hoc tantum loco, sed innumeris aliis passim demonstretur, proprium hoc esse impuberum, ut sine tutoris auctoritate non possint obligari, sive habeant tutorem, sive non habeant: puberes autem in ea esse caussa, qua etiam in re differant ab impuberibus, ut et sine curatoribus obligari possint, quantumvis his curatores dati sint. Quid ergo afferant, expendendum puto. Mihi autem omnia videntur eiusmodi, quæ si quis attendat propius, existimare possit magno studio ab illis esse conquisita, non quo eam sententiam confirmarent, sed quo se oppugnarent: adeo omnia adversus illos faciunt. Curatori, inquiunt, rerum puberis et negotiorum administratio commissa est, non personæ. *L. sciendum.* 1. *supr. de rit. nupt.* ideoque de sua persona promittere potest pubes sine curatore suo. Imo contra ita colligi debuit: Curatori negotiorum administratio commissa est: ergo et rerum contrahendarum. Nam in re contrahenda negotium geritur. *L. ait Prætor. supr. de mi.* item hoc modo: Curatori rerum administratio commissa est: ergo et obligationis puberis. Nam obligatio ex numero rerum est. *Inst. de reb. corp. et incorp.* At enim promittere factum est personæ. Omnino: sed factum tale, in quo agatur de rebus pupilli alienandis, et patrimonio eius minuendo: ut consequens sit non magis alienationis: quam eius deminutionis curam ad curatorem pertinere. Alioqui nec alienatio ad eum pertineat; cum in alienatione non minus versetur factum puberis, nempe eius traditio et trasferendi voluntas. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Aiunt fœminam sine curatore posse nubere, quod diserte scriptum est in *d. L. sciendum*, *de rit. nupt.* Sed nominatim *ibidem* additum est eo fieri, quia utrum nubat, necne, ad officium curatoris non pertineat, et ideo non pertineat, quia non sit res ex administratione negotiorum, in qua officium curatoris consistit. Vel hinc intelligere licuit hic dici quod esset nuptiarum proprium, eoque ad obligationes alias transferri nec debere, nec posse; et merito: nam in nuptiis contrahendis non de rebus extra personas positis agitur, sed de ipsissima et sola coniunctione personarum. Unde definiuntur nuptiæ, viri et mulieris coniunctio individuam vitæ consuetudinem continens. *Instit. de pat. pot. in princ.* Obligationes contra cæterarum rerum non ad coniunctionem personarum pertinent, sed ad dandum aut faciendum, idest, ad minuendum debitori, et creditori augendum patrimonium. Addunt minori recte solvi sine curatoris auctoritate, ut debitor iure liberetur, tantumque supersit minori in integrum restitutio. L. *ait*, *Prætor*, §. 1. *supr. de min.* Primum nihil adiicitur illic, unde intelligamus pecuniam esse solutam sine curatore; nec quidquam prohibet intelligi pecuniam minori recte solutam cum curatoris auctoritate, ut nihilominus minori postea succurratur, si pecuniam eam perdidit: tutoris enim vel curatoris auctoritas interveniens, auxilium in integrum restitutionis non aufert, *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Faciamus tamen illic pecuniam a debitore solutam minori sine curatore. Hic ego quæro, velintne hoc accipi debere de minore qui curatorem non habeat, an de eo, qui habeat. Si de eo, qui non habet, nihil ad rem pertinet: non enim ambigitur, quin et hic sine curatore possit obligari. Sin de eo, qui curatorem habet, iam hoc statuendo huic recte solvi, ut debitor liberetur, ipsi se oppugnanti, non nos. Volunt enim hoc modo minorem qui curatorem habeat, posse non obligare se, sed quod habuerit, alienare sine curatoris auctoritate. Qui enim debitorem liberat, is non obligat se debitori suo, sed obligationem quam prius habuit, quodammodo alienat, dum facit ut eam desinat in bonis habere. Certe debitorem liberando de bonis deminuit; quod alienationis genus est, et edicto de his, quæ in fraudem patroni alienata sunt, revocatur, *L.* 1. §. *utrum*, *supra*, *si quid in frau. pat.* Atqui hæc erat prius eorum sententia, puberes qui curatorem habeant, sine curatore suo nihil alienare posse: et quod de alienatione dicitur, ad obligationem minorum non pertinere. Ex quo colligimus id eos mutare de alienatione, quod prius dixerant: et simul in eo nos sublevare, dum quod dicitur de minoris remissione, idest, alienatione, in *dict.* L. *ait de mino.* ipsorum sententia non debet transferri ad minoris obligationem. Sed res ita habet: non magis minor curatorem habens pecuniam solutam sine curatore accipiendo, debitorem suum liberare potest, quam sine curatore se alii obligare. Et quod dicitur in *d. L. ait*, §. 1. si minori pecunia a debitore soluta sit, et hanc perdidit

dit, ei subveniri, quasi gestum sit cum eo; ex conditione tacita et usitata accipiendum est, si quidem ita res gesta sit cum eo, ut summo iure res ei periit, ac non possit aliter ei salva esse, quam auxilio restitutionis. Quod tunc fit, cum minor aut accepit curatore suo auctore, aut sine curatore quidem, sed ideo, quia curatorem non habebat. Eiusdem generis est illud, quod dicunt minorem iusiurandum deferre posse, et eo facto liberare debitorem sine curatore, idque probant ex *L. nam postea*, §. si minor, sup. de iur. *Si minor viginti quinque annis*, inquit Ulpianus, *detulerit*, *et hoc ipso captum se dicat*; *adversus exceptionem iurisiurandi replicari debebit*, *ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam*; *sed plerunque ipsum Prætorem debere cognoscere*, *an captus sit*, *et sic in integrum restituere.* Atqui nihil hic adiicitur de curatore; neque necesse est intelligi iusiurandum sine hoc esse delatum, cum minor curatorem haberet. Idem enim iuris esset, etsi eo curatore auctore detulisset iusiurandum. Demus tamen eum habuisse curatorem, et sine hoc detulisse. Quid inde efficitur, nisi minorem sine curatore quem habebat, debitorem suum liberare, idest, quod habuit, deminuere potuisse? Atqui [3] ipsi illi hoc fieri posse prius negabant, et iisdem auctoribus quod de alienatione minoris dicitur, ad obligationem eorum non pertinet. Eiusdem incogitantiæ et illud, quod afferunt de hereditate ex fideicommisso restituenda. Minor rogatus restituere hereditatem curatori suo, hanc illi sine ullius curatoris auctoritate recte restituit. *L.* 1. §. *fuit*, *supr. ad Trebell.* Quasi vero, restituendo hereditatem, et in alium transferendo videatur se obligare minor, ac non hereditatem a se alienare. Alienat vero citra controversiam, non ullo modo eo facto se obligat: ut perspicuum sit hinc colligi, non minorem sine curatore, quem habeat, se obligare posse, quod fieri hic non potest, sed posse aliquid alienare, quod illi negabant. At enim nec minorem sine curatore suo alienare posse et ipsi diximus: hoc illi, qui præcipue affirmabant, expedire debuerunt: quod quia non fecerunt, ego expediam. Sed non est difficile explicatu: ideo enim minor hereditatem prius a testatore acceptam restituere rogatus, hanc recte restituit sine cuiusquam auctoritate, quia restituendo nihil alienat de suo, neque adeo facit in eo conditionem suam deteriorem: quod dici non potest, cum aut alienat suas res, aut se alteri obligat: ut vel hoc ipsum certissimum sit argumentum, quod de hac restitutione dicitur, ad obligationem transferri non debuisse, ubi constet minorem et minuere suum, et conditionem suam deteriorem facere. Quid illud, quod his sumitur ex L. *cum in una*, §. *ult. supr. de app.* quale esse videtur? Illic ita scriptum est: *si tutoris auctoritas fuerit pupillo necessaria*, *veluti ad adeundam hereditatem*, *tutor ei necessario dabitur*: *quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.* Propositum est illis probare puberes sine curatoris auctoritate omnimodo obligari posse: ipsi proferunt exemplum pupilli, quem prius professi sunt in hac re a puberibus maxime differre. Sed esto, sint hi similes. An qui dicit curatoris auctoritatem pupillo esse inutilem ad obligationem hereditatis suscipiendam; is dicere videtur etiam [4] puberi esse inutilem? non ita est. Ideo pupillo est inutilis, quia habet tutores, aut habere debet, a quibus regitur ea ætas, et qui auctores fieri possunt. Contraria de caussa puberibus curatorum auctoritas utilis, quia hi reguntur solum a curatoribus, non etiam a tutoribus: ut horum auctoritatem desiderare tanquam necessariam sit ridiculum. Palam est igitur nihil hic afferri, quo non multo magis superior sententia et distinctio *d.* L. 3. *Cod. de in integ. restitut. minor.* ante a me exposita confirmetur.

Ad L.

3) In eo recte noster ut et Rob. 1. *animadv.* 12. *et* 1. *adnot. Merc.* 12. Miror vero quod Cui. 19. *Obs.* 33. scribat nolle se ex his obligationem minorum abstruere, falso id sibi imponi, verum ea protulisse ut ostenderet quæ inter pupillum et minorem etiam in aliis differentiæ sint. Nam si modo verum esset, ut Cuiac. sentit posse hæc sine curatore fieri, non video quod argumentum illius sententiæ obtinendæ firmius esset.

4) Sed recte Cuiac. curatoris auctoritatem ad aditionem absolute inutilem esse, quia hereditatis aditio est actus solemnis et legitimus *L.* 77. *de R. I.* E. per *L.* 19. *de auct. tut.* Hinc etsi tutor certæ rei vel caussæ dari non debeat *L.* 14. *de test. tut.* datur tamen impuberi ad hereditatem adeundam *L.* 9. *de tut. dat.* non ex alia quam hac ratione Marc. Vertra Maurus *de Iure liberor. Cap.* 31. *pag.* 120. A. Fab. 1. *Iurispr.* 12. *Pr.* 4. *Ill.* 13. Sane mulieres olim adultæ cum in perpetua tutela essent, finita pupillari, incipiente tutela muliebri, vid. *not. supr. Lib.* 3. *Ca.* 14. *N.* 4. add. Vertr. Maurus *d. Cap.* 31. sine tutorum auctoritate non obligabantur. Quod et Græcorum LL. cautum; Tiraq. *L. connub.* 1. *n.* 72. Iure Hispanorum regio nullus uxoris contractus firmus sine consensu mariti, Covar. *P.* 2. *de Matrim. C.* 7. S. 1. Gomez, in *leg. Tauri* 54. *et* 5. *seqq. Vasq.* 3. *Ill. contr.* 104. *et* 1. *contr. usu freq.* 10. Itemque ex consuetudine Pictaviorum, Tiraq. *post L. Connu. Gl.* 4. *et seqq.* ubi *Gl.* 8. eam a priscis temporibus ac variarum olim gentium moribus comprobatam ostendit, (licet aliud sit iure nostro civili *tex. L. velles.* 6. *C. de revoc. don.*) add. P. Greg. 11. *Synt.* 4. *n.* 23. *et seqq.* Duar. ad *Rub. Sol. matrim. Tit. de Nupt. C.* 1. ubi innubas tamen mulieres si iustæ ætatis sint, libere contrahere scribit. Statutis multorum Italiæ locorum nullius fœminæ obligatio sine consensu duorum consanguineorum proximorum rata, de quo Menoch. *arbitr. C.* 211. *et seq.* (ubi quæ iusta caussa negandi consensum) Io. Vinc. Hondede *vol.* 2. *Cons.* 5. Quæ et ratione naturali niti, Pantichman. *Lib.* 2. *Quæst.* 5. *n.* 5. *et seq.* Iure quoque Saxon. nullius mulieris actus, in iudicio vel extra id celebratus, sine maritorum aliorumve curatorum auctoritate, illis officere potest, vid. Nov. Elect. *Sax.* 15. *P.* 2. ubi fuse Moll.

Ad L. Venditores. 102.

Idem libro v. *Responsorum.*

Venditores emptori caverant pro evictione quanti eius interesset, sed et specialiter adgnituros si in lite mota sumptus fecisset, emptori stipulanti promiserant: post mortem emptoris unus ex venditoribus ad iudicium vocavit; pretium sibi deberi dicens: heredes eius, qui sumptus in defensione caussæ factos, cum probarent pretium solutum fuisse, ex stipulatione petebant. Modestinus respondit, si in eas impensas venditores promiserunt, quæ ob litem de proprietate instituram factæ essent, minime ex stipulatu peti posse quod erogatum est dum alter ex venditoribus pretium quod iam fuerat exsolutum, petit.

SUMMARIA.

1. *Stipulationis de sumptibus litis agnoscendis inter venditorem pro evictione caventem, et emptorem interpositæ effectus.*
2. *Stipulatio superior de qua lite sit accipienda.* et n. 4.
3. *Litem de evictione, a lite de pretio multum differre.*

1 VEnditores emptori caverant pro evictione, quanti eius interesset; caverant, idest, stipulanti promiserant. L. *sancimus, C. com. de leg.* quæ stipulatio a venditoribus iudicio empti exigitur. L. *ex empto*, §. *venditorem*, *supr. de act. em.* Cuius rei gratia, docuimus ad *Tit. de evictionib.* Nominatim autem et specialiter iidem stipulanti emptori promiserant agnituros se, si in lite mota sumptus fecisset. Adiectio inutilis, si res evincatur postea emptori: cum iam satis generali stipulatione de evictione cautum esset in id, quod emptoris interest: quo verbo ut cætera damna, sic et sumptus ab illo in litem facti continentur. Sed ibi non inutilis, si cum emptore agatur postea de proprietate, sed res ei non evincatur. Verum est enim quod Accursius scribit in L. 1. *C. de evict.* re non evicta ne de sumptibus quidem regressum esse adversus venditorem. Re non evicta non esse regressum generaliter scriptum est in L. *si status*, *C. de evict.* unde intelligitur neque de his sumptibus, neque de aliis damnis regressum esse. Sed et in L. *ex empto*, *in prin. et L. servus quem*, *supr. de act. em.* clare traditum est venditorem emptori re tradita non teneri, nisi ob evictionem dumtaxat; seu non teneri, quandiu emptori rem habere liceat. Licet autem, quandiu res non est evicta. *L. habere*, *supr. de evic.* multaque alia in eam sententiam dici possunt, quæ nunc prætereo consulto, quia alius est de his dicendi locus. Nam quod Bartolus hanc sententiam reprehendens ait, venditorem hoc ipso quod tenetur, ut rem emptori habere liceat, etiam teneri in sumptus in litem factos quamvis re non evicta, nullo bono auctore, nulla ratione probat: et aperte falsum esse, satis iis quæ modo dixi, convincitur. Nihil ad rem pertinet, quod dicitur venditorem lite mota emptorem defendere debere. L. *si plus*, §. *mota*, *supr. de evict.* debet enim, ne patiatur rem evinci. Cæterum re non evicta, neque hanc defensionem, neque quidquam aliud emptori præstare debet; semel enim emptione contracta ut rei venditæ commodum, sic periculum et incommodum omne ad emptorem transire constat. *L. necessario*, *supr. de per. et com. rei vend.* §. *cum autem*, *Inst. de em. et vend.* Huius autem periculi et incommodi et omnino casus fortuiti pars est vis omnis, et iniuria, quæ emptori ab aliis infertur. *L. ad eos*, *supr. com.* Quandiu ergo, ut dixi, res emptori evicta non est, tandiu emptor ad venditorem reverti non potest, ne de sumptibus quidem, quos in lite sibi mota fecerit: ut quidem teneatur obligatione empti et venditi. Quod si stipulatio de his sumptibus præstandis interposita fuerit, sine exceptione ad omnes, qui in lite facti erunt, stipulatio pertinebit, sive emptori res evicta sit, sive non sit, generalis enim stipulatio est. Non temere est igitur, quod de his sumptibus agnoscendis nominatim stipulatio subiecta est ei, cui iam satis de evictione cautum erat. † Sed videndum est, de qua 2
lite accipienda sit stipulatio: circa quod incidit quæstio ea, de qua hoc loco respondetur. Nam cum esset stipulatio superior ita concepta, ut proposuimus, unus ex venditoribus, qui diceret sibi pretium hoc

solutum non esse, egit cum emptoris heredibus; ut sibi pretium solverent: et cum heredes probarent pretium solutum fuisse (quippe hæc eorum, qui dicunt fuisse solutum, probatio est. L. 1. *C. de prob.*) cum, inquam probarent pretium esse solutum, venditor victus est. Quæsitum est de sumptibus in hac lite ab heredibus factis, an hi ex proposita stipulatione peti possint. Et quid opus est, dicet aliquis, heredes hos sumptus ex stipulatione persequi, cum eo iudicio, quo de pretio actum est, eos, si velint, consequantur? nam victus victori in expensas litis condemnatur. *L. eum quem, supr. de iud. L. properandum*, §. *sive autem*, *C. eod.* Nec dici potest in proposito ideo venditorem in eas non condemnari, quia iustam habuerit caussam litigandi: neque enim honeste causari potest se ignorasse sibi pretium esse solutum, cum facti nostri ignorantia non sit probabilis. L. *quamquam*, *supr. ad Vell.* Sed fieri potest, ut iudex iniuria non habuerit rationem sumptuum. Proponamus ergo eum non habuisse, nec quidquam dixisse de sumptibus, ac nec emptorem eo nomine appellasse. Una ratio erit eos consequendi, si de his cautum fuerit stipulatione. Hinc ergo quæsitum, ut dixi non abs re, an hi ex stipulatione superiore peti possint. Quæstio in eo est, non an peti possint, quos constet non esse promissos; de quo nulla esse potuit iusta dubitatio, cum sit certi iuris ex stipulatu peti non posse, quod stipulatione cautum non est: *L. quia*, *supr. de neg. gest. L. quidquid*, *supr. eod.* sed in eo, an superiore stipulatione comprehensum sit etiam de his sumptibus, qui in lite de pretio mota facti sint. Quod prima ratione videtur et verbis defendi posse; unde ambigendi caussa. Primum dici potest verba stipulationis generalia esse de omni lite: venditores enim nihil expressisse de lite proprietatis, sed generaliter cavisse se agnituros sumptus in lite mota factos: proinde omnem litem emptori motam his verbis contineri. L. *non est supr. de transact.* L. *quidquid*, *supr. hic.* Quod si placet hanc orationem ita accipi, ut intelligatur lis de evictione, cuius prius mentio facta erat: attamen existimari potest non male dici et litem de pretio esse litem de evictione rei, quasi pretio non soluto res possit emptori avocari. Modestinus respondet sumptus in lite de pretio mota ab emptore aut eius heredibus factos, ex stipulatione præposita peti non posse: non tamen simpliciter, sed sub conditione, si venditores promiserunt eas impensas, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent. Quibus verbis de posteriore tantum dubitatione respondet: † vult enim intelligi litem de pretio institutam non esse litem de evictione, de qua lite cautum est: 3 idque hac ratione, quia in lite de evictione agatur adversus emptorem de proprietate rei; a qua lite multum distat lis de pretio. In hac, de pretio agitur actione in personam, nempe ex vendito adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. Iulianus*, §. *ex vendito*, *supr. de act. em.* §. 1. *Inst. de act.* De proprietate rei agitur actione in rem adversus eum, qui nobis obligatus non est, sed rem nostram tenet, possidet. *d.* §. 1. *Inst. de act.* Effectus utriusque longe dissimilis. Lis de proprietate hunc habet exitum, ut cum actor probaverit rem suam esse, auferatur res emptori, et domino restituatur. *L. officium*, *L. qui restituere*, *sup. de rei vind.* Lis de pretio huc spectat, ut pretium solvatur dumtaxat; cæterum et non soluto eo in suo loco manet possessio penes emptorem. *L. venditi*, *C. de act. em.*
4 † Interim manet ex his verbis etiam nunc prior dubitatio, an non videatur saltem verbis stipulationis generalibus simul et de lite proprietatis, et de quavis alia lite comprehensum esse, ut proinde ad litem etiam de pretio cum emptore institutam pertinere debeat. Sed dicendum est verba generalia semper ad eam speciem, de qua prius actum est, debere referri. L. *si de certa*, *C. de trans. L. quid tamen*, §. *plenum*, *supr. de rec.* Prius autem venditores emptori caverant pro evictione: proinde hæc verba continenter subiecta, *et si quos sumptus in lite mota fecisset*, sic exaudienda sunt, si fecisset in ea lite evictionis, de qua est sermo. Videtur autem Modestinus de eo non respondisse, quia hoc ita accipiendum esse constaret inter litigatores: ut respondeat ex hypothesi si ita est, ut venditores de impensis ob litem evictionis, quæ proprietatis lis est, factis senserint, nihil dubii esse debet, quin his verbis lis de pretio non contineatur. Quamquam potest et responsum sic accipi, ut sub conditionis figura tacite affirmatio contineatur, ut sit, *si*, pro *quia*, hoc sensu; si venditores eas impensas promiserunt, quæ ob litem de proprietate institutam factæ essent: quod existimo, vel, postquam venditores eas impensas promiserunt, quod ex verbis actum esse satis intelligitur.

Ad L.

Ad L. Liber. 103.

Idem lib. v. *Pandectarum.*

Liber homo in stipulatum deduci non potest: quia nec dari oportere intendi, nec æstimatio eius præstari potest, non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hostium.

SUMMARIA.

1. *Hostium fundus in stipulatum an deduci possit.*
2. *Legari quæ possunt, eadem in stipulatum deduci possunt, et contra.*
3. *Hostium res quatenus legari possint.*
4. *Res, quæ dari non possunt, nec a sciente, nec ab ignorante in stipulationem deduci possunt.*
5. *Emptio hominis liberi etc. quatenus valeat.*

REM, quæ dari non potest, in stipulatum deduci non posse constat. *L. si stipulor, supr.* Quæ huius generis res sint, expositum est ad *L. inter*, §. *sacram*, *sup.* Idem confirmans hoc loco Modestinus in hoc numero recenset liberum hominem, hominem mortuum, et fundum hostium. De duobus prioribus non dubitatur; de quibus est
1 in *Inst. de inut. stip. in princ. et* §. 1. † De fundo hostium dubitationem facit L. *ab omnibus*, §. *etiam*, *supr. de leg.* 1. ubi ita scriptum est: *etiam rem hostium posse legari Sabinus ait, si aliquo casu emi possit.* Non enim est, quod quisquam putet ad rem pertinere, quod superius de re leganda dictum est, nos autem de re promissa agimus; quasi aliud iuris sit in legato, aliud in stipulatione.
2 † Nam quæ res in stipulatum deduci non possunt, eædem nec legari possunt; et contra quæ legari possunt, possunt et in stipulatum deduci. Unaque utriusque potestatis notio est, si res dari et parari possit. L. *si stipulor*, *supr. eod. L. cum servus*, §. *ult. supr. de leg.* 1. Quare si res hostium legari potest, poterit et deduci in stipulationem. Quid ergo est? probandum est, quemadmodum fundus hostium promitti non potest, sic nec legari posse, sive noster aliquando fuerit, sive non fuerit, quandoquidem a nobis parari non potest: non apud hostes, quoniam apud illos quidquam habere et possidere nobis non licet: non extra potestatem hostium, quoniam fundus res immobilis ab illis transferri non potest: quæ autem parari non possunt, ea nec legari possunt. *d. L. cum servus*, §. *ult. de leg.* 1. Neque vero hoc superioribus illis
3 verbis negatur. † Res hostium legari potest: sed hac conditione, si aliquo casu emi possit. Id hanc significationem habet, si possit emendo parari, et ad nos transferri. *d.* L. *cum servus*, §. *ult.* Non sunt in hoc genere res soli, ut ostendi. Quænam igitur? merces exoticæ, quæ a Barbaris per mercatores advehi ad nos solent. Hæ nihilominus et in stipulatum recte deducuntur. † Illud notandum est, quæ res 4
dari non possunt, eas esse huiusmodi, ut nec a sciente nec ab ignorante deduci possint in stipulationem, ut promissor quamvis tales esse sciens aut etiam de iis tanquam privatis affirmans eos nomine obligetur. Res ipsæ cum non possint præstari natura, ne deberi quidem possunt. Sed nec debebitur earum æstimatio, ut hic scriptum est: quia æstimatio in stipulationem non est deducta; nec quidquam ex stipulatione potest deberi, nisi de quo nominatim stipulatio est concepta. *L. quia*, *sup. de neg. gest. L. quidquid*, *supr. hic.* † Alia 5
caussa est emptionis, si huiusmodi res pro privatis vendantur ignoranti: hic enim venditio valet. *L.* 4. L. 5. L. *liberi*, *supr. de contr. empt.* non quidem de re, quæ præstari non potest; sed hactenus, consequatur emptor, quod interfuit eius, ne decipiatur. *L. qui officii*, §. 1. *supr. de contr. em.* Sic natura est emptionis, eo quod bonæ fidei est, ut si quid dolo malo venditor vel fecerit, vel cælaverit in re vendita, eum dolum præstare emptori debeat, quemadmodum et si quid affirmavit. *L. ea quæ*, *in pr. et* §. *ult. supr. de contr. em. L. tenetur*, §. *pen. et ult. supr. de act. empt.*

Ad L.

Ad L. Cum servus. 104.

Iavolenus lib. XI. *ex Cassio.*

Cum servus pecuniam pro libertate pactus est, et ob eam rem reum dedit: quamvis servus ab alio manumissus est, reus tamen recte obligabitur: quia non quæritur a quo manumittatur, sed ut manumittatur.

SUMMARIA.

1. *Species legis.*
2. *Ex stipulatione conditionali conditione impleta pecunia debetur, tantumque hoc spectatur, an factum sit, quod verbis continetur.*

1 SErvus pactus est domino pecuniam pro libertate, idest, hac lege, ut manumitteretur, vel si manumitteretur, et liber fieret: nec adiectum est, a quo; ut appareat de sola libertate servo danda cautum fuisse, nihil de personis: et servus ita pactus reum dedit, qui stipulanti domino eam pecuniam expromitteret, ut fit in specie L. *et eleganter*, §. *servus supr. de dol.* Dominus, idemque stipulator servum hunc non modo non manumisit, sed etiam alienavit sine ulla conditione libertatis servo dandæ: manumissus est tamen servus a novo domino. Hic exsistit prior dominus et idem stipulator, ac pecuniam petit ex stipulatione. Contra dicitur ei, inique eum petere pecuniam, et vero eum consequi non debere pro libertate, qui libertatem non dederit: imo vero qui quod in ipso fuit, libertatem impedierit servum alienando. Respondet Iabolenus nihilominus pecuniam deberi, et iure peti posse; *quia non quæritur*, inquit, *a quo manumittatur, sed ut*, vel an *maumittatur.* Nempe in proposito non quæritur, ubi de libertate solum danda actum est, ut proposuit, non de personis, a quibus oportet dari. Hoc sentit Iabolenus, quod et ipsum explicatius posuit in *L. a Titio. infr.* † ex omni stipulatione conditionali conditione impleta pecu- 2
niam deberi; tantumque hoc spectandum esse, an factum sit, quod verbis continebatur. Porro in proposito stipulationem fuisse sub conditione, quæ et conditio servo ab alio manumisso exstiterit. Conditio enim hæc erat, si servus manumitteretur; si manumitteretur, inquam, simpliciter, non ab hoc aut ab illo: proinde a quocunque sit manumissus, conditio impleta est. Ex quo recte colligit, quamvis servus ab alio manumissus sit, reum obligari. Non dixit, quamvis ab alio manumissus sit, stipulatoris tamen beneficio: quia hoc sentit etiam si invito eo sit manumissus, reum tamen obligari. Scilicet quia ita fuerit conditio, si servus manumitteretur; in quibus verbis quæri non debuit, inquit, a quo servus manumittatur. Cum autem stipulatoris beneficio servus manumittitur, prope est, ut ab eo videatur manumitti. argu. *L. sed si plures*, §. *in arrogato*, *sup. de vulg. et pup. subst. L. profecticia*, *in pr. supr. de iur. dot. L. si quis quos*, *sup. de leg.* 2.

Ad L. Stipulatus sum Damam. 105.

Idem lib. II. *Epistolarum.*

Stipulatus sum Damam aut Erotem Servum dari; cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui. Mortuus est Dama. An putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit secundum Massurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse. Nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset quo minus id quod debebat, solveret: continuo eum debito liberari.

SUMMARIUM.

1. *Ex duabus rebus disiunctim promissis si una perierit, an promissor debito liberetur.*

1 CUM illud aut illud promissum est, puta, Dama, aut Heros, Stichus aut Pamphilus, si una ex rebus promissis perierit, traditum est aliis locis, idque generaliter

ter, non ideo liberari promissorem, sed eam rem, quæ superest, adhuc deberi, et peti posse. *L. si in emptione*, *§. pen. supr. de contr. em.* L. *Stichum*, *infr. de sol.* Quod et videri potest in universum recte definiri. Cum enim res duæ promissæ sint, una perempta, tamen adhuc relinquitur altera, quæ obligationi supersit. Id tamen temperatur hoc loco hac exceptione, nisi creditor in ea, quæ periit, prius accipienda moram fecerit. Nam si fecit, cum ea a debitore recte offeretur, scriptum hic est re postea perempta continuo promissorem debito liberari, et quidem ita, ut ex stipulatu cum eo agi non possit; quod significat eum, ipso iure liberari. Quo responso statuitur hæc distinctio, ut duabus rebus disiunctim promissis, si ex his una perierit, si quidem ante oblata non fuit, non liberetur promissor; si fuit recte oblata, liberetur. Sed videamus, ne potius in universum dici debuerit re una ex superioribus perempta debitorem liberari in totum, etiam si citra moram res creditoris perierit: etsi enim in hoc genere duæ res verbis promissæ sunt; vi tamen ipsa et sententia stipulationis una tantum debetur, qua soluta liberatio contingit. *L. ubi*, *§. qui illud*, *supr. eod.* quid ni igitur etiam una ex his extincta debitor liberetur? ut enim solutione, sic et rei interitu debitorem pariter liberari constat. *L. si ex legati*, *supr. eod.* Non est satis rem unam hic deberi, ut debitor unius interitu liberetur: sed prius rem quæ periit, debitam fuisse oportet. *d. L. si ex legati*, *et* L. *quod te*, *supr. si cert. pet.* Duabus autem rebus disiunctim promissis, prius quam promissor elegerit, quam daret, utra vere debeatur, incertum est: ut si qua ex iis ante eam electionem perierit, non possit dici promissor interitu rei debitæ liberatus, cum ea, quæ periit, non magis dici possit debita fuisse, quam altera. Ergo nec ea, quæ superest, dixerit aliquis: ac proinde ne ea quidem peti poterit. Imo ea, quæ superest, iam incipit certo dici fuisse, et esse debita: prius enim debebatur sub conditione, si altera data non esset; L. *cum ita*, *supr. de opt. leg.* quæ conditio iam certo extitit: nam neque altera res data est, et certum esse cœpit eam amplius dari non posse. Qui fit igitur, ut unius rei solutione liberetur debitor? quia solvendo eligit, quam det pro ea potestate, quam natura obligationis ei concedit. *d. L. ubi*, *§. qui illud*, *supr. L. plerumque*, *§. ult. supr. de iur. dot.* Hæc electio et voluntas debitoris sic rem electam debitam facit, quasi ab initio sola venisset in obligationem. *L. cum incertus*, *supr. de leg.* 1. Eadem voluntas atque electio declaratur et tunc, cum debitor rem unam obtulit creditori, quam is sine iusta caussa accipere recusavit, si modo et debitor in ea voluntate perseveravit: nam eius mutandæ rebus integris ius habet. L. *prox. infr.* Non multum autem interest, utrum nolit quid aliquis, an in voluntate non perseveret. *L. nam etsi*, *§. 1. supr. de inoff. test.* Quod si perseveravit, debitam faciet. Proinde non mirum, si et ea postea perempta placet debitorem ipso iure liberari. Hoc enim consequens est regulæ Iuris, in quam omnes iuris auctores consenserunt, qua efficitur interitu rei debitæ, quod citra debitoris culpam factum sit, liberari debitorem. *d.* L. *si ex legati.*

Ad L. Qui ex pluribus. 106.
Idem* lib. VI. *Epistolarum.

Qui ex pluribus fundis quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur: idest eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit: tandiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id quod promissum est solvatur.

SUMMARIA.

1. *Ex pluribus rebus una indefinite in stipulatum deducta, quandiu res extant omnes, tandiu promissor tenetur.*
2. *Ex pluribus rebus una indefinite in stipulatum deducta, quænam debeatur.*
3. *In quæstionis superioris definitione, quæ ordine notanda.*
4. *Electio in proposita specie; quando sit stipulatoris.*
5. *Debitoris quando.*
6. *Debitor in eo quod semel elegerit ad præstationem, an et quandiu voluntatem mutare possit.*
7. *Legati et stipulationis diversam esse hac in re caussam: et quæ diversitatis ratio.*
8. *Lite contestata, an electio quæ ante competierat, finiatur.*
9. *Electio quæ promissoris antea fuit, re iudicata ei non aufertur.*
10. *Unius tantum rei in iudicium a creditore recte deductæ longe diversa caussa est cira electionem; quam alternatæ plurium rerum petitionis.*
11. *Electio finitur solutione.*

CUM

1 Cum ex pluribus fundis unum indefinite stipulamur, et quod idem est, cum ex pluribus rebus stipulamur illud aut illud; quandiu exstant res omnes in stipulatum deductæ, tandiu et promissorem teneri certum est. Nam quibusdam amissis interdum liberatur; interdum tenetur ita, ut cum una res supersit, non sit difficile videre, quid in obligatione relinquatur,
2 quod superiore capite attigimus. † Illud habet dubitationem, cum ex hoc genere tenetur promissor rebus integris, quid hic debeatur. Non esset dubitatio ulla, si res stipulatione comprehensæ omnes deberentur sic enim ietelligeremus omnes peti posse, et omnes esse præstandas. Nunc autem nihil hic debetur amplius, quam res una ex omnibus: ut promitti quidem intelligantur omnes, ut verbis expressæ sunt; sed singulæ hac conditione, si aliæ datæ non sint. *L. cum ita, supr. de opt. leg.* Quænam ergo illa sit, quæ certo debeatur, quæritur, ut sciamus et quid hic tribuatur creditori ad petendum, et quid possit aut debeat a debitore præstari. In eo hæc notio summa est, eam rem in hoc genere deberi, quam is elegerit, cui electio earum rerum data est, sive is erit stipulator, sive
3 promissor. † Hanc notionem et regulam excipiunt deinde ordine hæ quæstiones: utrius ergo electio sit, et quando: tum si quis pro facultate sibi data elegerit, an qui semel id fecit; possit mutare voluntatem: postremo si potest mutare, quandiu possit. De quibus breviter comprehensum est hoc responso, sed ita, ut res fusiorem explicationem desideret. Et de electione seu eli-
4 gendi potestate ita ius est: † si stipulator nominatim sibi electionem constituit, vel his verbis adiectis, utrum ego velim; vel his, mihi licere unum ex illis sumere: in aperta conventione eius electio est. L. *ubi*, §. *qui illud*, L. *si sic*, 93. *supr.* L. *si quis stipulatus.* 112. *infr. eod.* Qua ratione in *d.* L. *ubi*, §. *qui illud*, dicitur hic stipulator certum videri stipulatus: cum ei liceat unum aliquid, quod velit, intende-
5 re sibi dari oportere. † Si de electione nihil cautum est, placet in re obscura debitoris esse electionem, ut hic traditur: apertius in *L. plerumque*, §. *ult. de iur. dot.* §. *huic autem*, *Inst. de act. L.* 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. loc. L. si in emptione*, §. *pen. supr. de contr. empt.* et hæc convenienter ei regulæ, qua traditur in stipulationibus, si quid ambigui sit aut obscuri; verba contra stipulatorem interpretanda esse. *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, *supr. eod.* Ea res facit, quod hic dicitur, ut intelligatur qui illud aut illud stipulatus est, incertum esse stipulatus. De quo dixi ad *d. L. ubi*, §. *qui illud*, *supr. eod.* Quod sequitur, an hi cum semel quid elegerint, possint mutare voluntatem, et quando; dissimilis in eo caussa est stipulatoris et promissoris. Quid hic in stipulatore servandum sit, traditur in *L. si quis stipulatus.* 112. *infr. eod.* de promissore hic agitur, et in *L. eum, qui certarum*, 138. *infr. eod.* † Est 6
autem utriusque loci consentiens definitio in hanc sententiam, promissorem in eo, quod semel elegerit ad præstationem, voluntatem mutare posse, et posse tandiu, quoad rem unam, quam debeat, solverit: proinde et tandiu in pendenti esse eius voluntatem. In quo tria statui apparet; et mutari voluntatem posse; et posse usque ad solutionem; et cum solutum quid erit, deinceps non posse. Quæ cuiusmodi sint, videamus: neque enim usque adeo liquet de omnibus.
† Ac videatur primum superior sententia 7
de facultate mutandæ voluntatis refelli exemplo legati eodem modo relicti. Nam si illud aut illud legatum sit, quod heres, idemque debitor volet, et is unum semel constituerit, quem daret, placuit eum amplius voluntatem mutare non posse. *L. statuliberum, in fin. supr. de leg.* 2. L. *huiusmodi*, §. *Stichum*, *supr. de leg.* 1. Sed diversa est in hac re caussa legati et stipulationis. Intelligendum est enim sic ius esse in legatis, ut cum primum voluit heres rem legatam dare, simul etiam potestate iuris dominium eius rei in legatarium transeat, si quidem et is voluerit legatum ad se pertinere. L. *a Titio*, *in fin. infr. de fur.* L. *servum filii*, §. 1. *supr. de leg.* 1. Quæ res facit, ut quod ei recte quæsitum est, non possit deinde invito auferri. L. *id quod*, *infr. de reg. iur.* eaque ratio in legatario eligente, cui electio data erat, nominatim reddita est in L. *apud*, *supr. de op. leg.* ad eandem mutationem voluntatis illi detrahendam. Nulla eiusmodi rei electæ translatio in stipulationem aut cæteras caussas incidit, quæ obstet debitori, quominus illi in re electa voluntatem mutare liceat, nam in aliis caussis id observatur, ut dominia rerum transferantur traditionibus, non nudis pactis, aut nuda voluntate. L. *traditionibus*, *C. de pact.* † 8
Secundum plus habet difficultatis: quod enim dicitur promissorem in eo voluntatem mutare posse, quoties velit; et quoad quid solverit, hanc significationem habet, mutare eum posse non solum usque ad litem contestatam, sed et post litem contestatam: neque

neque id solum, sed et post ipsam adeo rem iudicatam, post quam demum res solet præstari. Hic vero nobis occurritur tot locis, quibus post litem contestatam electionem quæ ante competierat, finiri legimus. Stipulatorem quidem, qui in hoc genere stipulationis sibi nominatim excepit electionem, solum donec iudicium dictet, habere mutandi potestatem scriptum est in *d. L. si quis stipulatus*, *infr. eod.* Sed ne putemus in eo plus tribui reis tanquam favorabilioribus iuxta regulam iuris. *L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur.* etiam promissores, qui eligere quid ante litem contestatam potuerunt, lite semel contestata eam facultatem amittunt: ut probatur exemplis. *L. si insulam*, L. *si Titius*, 9. *supr. eod.* ubi et multo plura eiusdem rei exempla colligimus. Sed et hæc dissimilibus in caussis recepta sunt; et recte unumquodque propriis rationibus. Principio observandum est agere nos de promissore, et eo promissore, qui duas res promiserit disiunctim, atque ita promissas disiunctim debeat. Hunc dicimus etiam post litem contestatam adhuc eligere posse, utram det, nec unquam amittere mutandi potestatem, quoad rem unam præstiterit: optima et certissima ratione. Animadverti enim debet ex hoc genere stipulationis sic agi, ut litis contestatione non mutetur obligatio promissoris, quæ prius fuerit, sed confirmetur, planeque eadem et iudicio contrahatur. Sic enim agitur, ut stipulator intendat sibi dari oportere non hoc tantum, aut illud tantum: sed simul, disiunctim tamen illud aut illud. Ita deducitur in iudicium disiunctim, quod et disiunctim debebatur. §. *huic autem*, *Inst. de act.* ut consequens sit eandem eligendi potestatem etiam post litem contestatam manere: proinde et in hac electione eandem mutandi potestatem, nam hac potestate sublata etiam electio tollitur. Atque hoc certo usque ad rem iudicatam.

9 † Sequitur deinde sententia; hæc vero cum petitioni congruere debeat, ut præcipitur in *L. ult. C. de fid. lib.* hoc etiam continebit, ut promissor in illud aut illud disiunctim condemnetur, uti et petitum erat. Sic fit, ut quam electionem habuit promissor in hac specie ante litem contestatam, eandem et post litem contestatam, adeo et post rem iudicatam retineat ipsius etiam iudicii, et rei iudicatæ potestate atque obligatione. Demus in aliis etiam caussis eiusmodi alternatam aliquam plurium rerum petitionem, in omnibus eandem electionem, eandem facultatem mutandi, quæ prius fuerat, perpetuo cum reo, tum stipulatori
dederimus. † Faciamus contra rem unam 10
tantum in iudicium a creditore recte deductam. Ut de ea re sola iudicati obligatio contracta est; ita necesse est et solam eo iudicio deberi a reo, et ea soluta debitorem liberari: siquidem solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Qua ex re efficitur, ut si qua prius vel stipulatori vel reo electio fuerit, ea post litem contestatam nova unius rei obligatione contracta amittatur. Atqui hoc primum citra controversiam contingit in persona stipulatoris, cuius in hac specie obligationis fuit electio. Hic enim agendo non petit illud aut illud, sed rem unam certam, eam nimirum, quam elegit pro potestate sibi data, *d. L. si quis*, 112. *infr. eod.* Nec quisquam dicat hanc ei petitionem nocere non debere, quia traditum sit neminem litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerunque meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim. seq. infr. de reg. iur.* Non enim in hac caussa propter litis contestationem alterius rei, quæ petita non est, electio amittitur, sed propter huius electionis necessariam remissionem: obligatione enim unius rei certæ iudicio contracta, ut stipulator necessitatem imponit reo huius rei solvendæ; quæ definitio est obligationis: *Inst. de obl.* ita eadem opera et facultatem tribuit eius ipsius rei præstandæ ad liberationem; quoniam si res debita est, necesse sit, ut dixi, eius solutione debitorem liberari. Idem accidit et in persona promissoris, cuius ab initio in potestate fuit ex duabus rebus eligere, utram solvat, si una tantum res in obligatione fuit, altera dumtaxat in solutione. Hic enim ea conditio est obligationis, ut res ea, quæ fuit in obligatione, sola in iudicium recte deducatur, si altera non soluta passus sit reus secum litem contestari: qua deducta cum reus illam sine ulla alterius rei præstandæ facultate debere cœperit, consequens est, ut eam quoque tanquam solam et simpliciter debitam necesse habeat solvere. Ea vis est, ut dixi, obligationis. Hæc necessitas constituta aperte illam facultatem alterius rei præstandæ, quæ ante fuerat, excludit. Atqui huiusmodi est conditio obligationis in illis caussis, in quibus litis contestatione electionem promissori prius tributam finiri legimus, quarum exempla proponuntur in *d. L. si insulam*, *et* L. 9. *supr. eod.* de quibus cum satis dixerim in illis locis, præcipue autem ad *d. L.* 9. inde peti poterit, quod ad earum caussarum rationem pertinebit. Longe alia caussa est obliga-

tio-

tionis eius, in qua duæ res; quarum electio promissori tribuitur, ambæ sunt in obligatione, non altera dumtaxat. Quod fit, cum illud aut illud promittitur; de qua specie nunc agimus. Hic enim contraria de caussa accidit, ut necesse sit stipulatori utramque petere disiunctim, uti et debebantur. Quæ petitio, ut dixi, eandem electionem servat reo, quæ et ante fuerat. *d.*
11 §. *huic autem*, *Inst. de act.* † Sed ut qui promisit illud aut illud, mutare potest voluntatem, quandiu quod promissum est, solvatur, ut hic scriptum est: sic ex eo ipso intelligitur tertium illud, quod supra posui, finem huius potestatis fore, cum reus rem unam aliquam solverit. Cur hic potius, quam tum, cum elegit, nec re ipsa tradidit? expeditam id rationem habet, eamque duplicem; Unam, quod stipulatio erit inutilis, si promissori variare hoc modo licebit: sic enim semper dicet, se aliam rem electurum, atque ita in eius arbitrio erit, an debeat, quod ius non concedit. *L.* 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. lo.* Alteram, qua eadem iam ante in legatis usi sumus, quod debitor rem unam solvendo dominium in stipulatorem transtulit: id vero invito auferri non potest. L. *id quod nostrum*, *infr. de reg. iur.* Sed nec condici potest tanquam indebitum, quod ex stipulatione debitum fuit.

Ad L. Utrum. 107.

Idem lib. VIII. *Epistolarum.*

Utrum turpem talem stipulationem putes, an non, quæro: Pater naturalis filium quem Titius habebat in adoptionem, heredem instituit, si patria potestate liberatus esset: pater eum adoptivum non alias emancipari voluit, quam si ei dedisset a quo stipularetur certam summam, si eum manumisisset: post emancipationem adit (hereditatem) filius: petit nunc pecuniam pater ex stipulatione supra relata. Respondit: Non puto turpem esse caussam stipulationis, utpote cum aliter filium emancipaturus non fuerit: nec potest videri iniusta caussa stipulationis, si aliquid adoptivus pater habere voluerit, propter quod a filio post emancipationem magis curaretur.

S U M M A R I A.

1. *Pecunia ob quod factum turpiter accipi, aut promitti dicatur.*

2. *Pater pro emancipando filio, an recte pecuniam stipuletur.*

1 PEcunia ob factum aliquod turpiter accipitur, promittiturve, cum aut id quod fit, per se turpe est, aut eiusmodi, ut qui accipit, id facere etiam sine pretio iure cogeretur: veluti, si quis pecuniam accipiat, ut reddat depositum, aut rem sibi commodatam. *L.* 2. *L. ult. supr. de cond.*
2 *ob tur. caus.* † Non est huiusmodi factum emancipatio filii. Nam neque turpe est emancipare, quem in potestate habeas, quod constat; neque quisquam filium invitus emancipare cogitur. L. *si cui legatum*, *sup. de cond. et dem.* L. *non potest*, *supr. de adop.* §. *ult. Inst. quib. mod. ius pat. po. sol.* Proinde pecunia eo nomine a patre non accipitur turpiter; et si eo nomine sibi quid dari stipuletur, nihil est impedimento stipulationi; de quo hic responsum est. Si quis hic obiiciat officium caritatis paternæ, quo effici videtur ne debeat esse venale beneficium patris erga filium; respondebimus id, quod est in extremo responsi, non esse contra officium patris comparare sibi quid a filio, quo ab eo post emancipationem magis curetur: quod futurum est pecunia ob emancipationem patri promissa. Huius enim exactionem metuens filius studebit eius liberationem a patre officiis et obsequiis promereri.

Ad L. A Titio. 108.

Idem lib. X. *Epistolarum.*

A Titio stipulatus sum, *Si qua mihi nupserit, decem dotis eius nomine dare spondes?* quærebatur an consistat talis stipulatio. Respondit: si stipulanti mihi dos ita promissa est: *Quamcunque uxorem duxero, dotis eius nomine decem dare spondes?* nihil in caussa est quare ea pecunia conditione expleta non

non debeatur. Nam cum conditio etiam ex incertæ personæ facto parere obligationem possit, veluti, *Si quis in Capitolium ascenderit: decem dare spondes? Si quis a me decem petierit, tot dare spondes?* cur non idem et in dote promissa respondeatur, ratio reddi non potest.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Si qua mihi nupserit, decem dotis eius nomine dare spondes, et similes, an valeant.* et n. 3.
2. *Stipulatio omnis sub quavis conditione, quæ existere potuerit, contracta valet, et impleta conditione pecunia debetur.*
4. *Promissorem in propositis stipulationibus suo, non alieno facto obligari.*
5. *Stipulationem propositam non esse sine caussa.*

1 Quæritur, an valeat hæc stipulatio, si qua mihi nupserit, decem dotis eius nomine dare spondes? Dici potuit duo obstare. Primum quod pendet stipulatio ex facto alieno, et ex eo parit obligationem: neminem autem alieno facto obligari convenit. *L.* 3. *C. ne ux. pro mar.* Deinde quia videtur hic promitti pecunia sine caussa, utpote ab eo; ad quem forte hæ nuptiæ, aut quodvis aliud factum alienum non pertinet. Si quis autem sine caussa quid promiserit, hunc saltem ope exceptionis non teneri placet. *L.* 2. §. *circa, supra, de dol. exc.* Probat tamen Iavolenus stipulationem valere, quia sub conditione non impossibili contracta sit; atque ita definit de con-
2 ditionalibus stipulationibus, † omnem stipulationem sub quavis conditione, quæ existere potuerit, contractam valere, et impleta conditione pecuniam deberi: quæ et definitio aliis locis expressa est, L. *huiusmodi* 20. *supra*, *L. ita stipulatus.* 115. 1.
3 *resp. illic, quasi quælibet, infra eodem.* † Addit Iavolenus et hoc argumentum. Nam cum stipulor decem sub hac conditione, si quis in Capitolium ascenderit, aut sub hac, si quis a me decem petierit, stipulationes valere constat: non est autem hæc dissimilis, de qua quæritur: nam et ea pendet ex facto incertæ personæ. Argumentum per se infirmum, si quis eas conditiones quarum argumento utitur, per se consideret: nam et hæ cum pendeant ex alieno facto, eandem plane dubitationem habent. Sed spectavit Iabolenus, receptam de his sententiam; has enim valere vulgo receptum erat: ex qua sententia tanquam a rebus certis argumentum ducit. Quominus autem statuamus vere dici stipulationem sub iis conditionibus, quæ supra scriptæ sunt, consistere, non movebimur iis, quæ initio in contrariam sententiam diximus. † Primum 4
non est verum in propositis stipulationibus obligari promissorem alieno facto, obligatur enim suo, nempe ideo quia promisit, non quia nupsit mulier, aut alius in Capitolium ascendit. Non obligaretur quidem sine facto alterius, quia conditio in alienum factum collata est; qua non impleta nihil debetur: sed non ideo obligatur, quia alii fecerunt, sed quia voluit obligari, si alii fecissent. † Ne hoc quidem verum est, 5
stipulationem de qua hic quæritur, esse sine causa: non utique quod conditiones pro caussa stipulationis habendæ sint: sed quia si alia causa promittendi non fuerit, erit certe donationis causa, quisquis enim sciens se non teneri, promittit, videtur donare. *L. Campanus supr. de op. lib.* constat autem idoneam dominii transferendi et promissionis causam esse donationem. *tot. tit. supr. pro donato.*

Ad §. Nulla promissio.

Definitio eadem, quæ L. *stipulatio non valet.* 17. *supr. eod.*

Ad L. Si ita stipulatus. 109.

Quod hoc loco, idem et ante prope totidem verbis scriptum legimus, in L. *si ita stipulatus*, 12. *supr. eod.*

Ad L. Si mihi et Titio. 110.

Idem* lib. IV. *ad Quintum Mucium.

Si mihi et Titio in cuius potestate non sim, stipuler decem: non tota decem, sed sola quinque mihi debentur. Pars enim aliena deducitur: ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Stipulatus decem sibi et Titio, sola quinque stipulatus intelligitur.*
2. *Stipulatio hæc, Mihi et Titio decem dari, dissimilis est emptioni eodem modo contractæ, veluti, Mihi et Titio fundus emptus est: et qua in re dissimilitudo versetur, quæque sit differentiæ ratio.*
3. *Stipulanti servitutem sibi et vicino, totum, quod in stipulatum deductum est, debetur.*

1 QUI stipulatur decem sibi, et Titio, nihil amplius intelligitur stipulari, quam quinque: quem locum exposuimus
2 ad L. *eum qui ita.* 56. *supr. eod.* † Sed hic opponitur, quod illic prætermissum, nunc attingam. Nam si emptio fundi eodem modo contracta sit, veluti, fundus ille mihi est emptus et Titio, scriptum est in *L. fundus ille, supr. de contr. empt.* venditionem non in partem tantum consistere, ut hic stipulatio decem in quinque, sed consistere in totum, ac totius fundi emptionem ad emptorem pertinere. Dissimilia hæc esse omnes concedunt: sed qua in re sit hæc dissimilitudo, parum liquet. Ea sine dubio non est in rebus in utramque speciem obligationis deductis. Promittitur hic pecunia: illic fundus emitur. Utrum promittatur certa summa mihi et Titio, an promittatur fundus mihi item et Titio, ad divisionem istarum rerum nihil interest. Eadem summa pluribus personis attributa, enumeratione personarum intelligitur in singulas esse divisa. L. *cui fundus, supr. de cond. et dem.* L. *reos*, §. 1. *infr. de duob. reb.* Et fundus eodem modo: nam si duobus fundus legatus sit, inter eos divisus videtur, ut singuli pro sua parte legatum capiant. *d.* L. *cui fundus.* Idemque est, etsi duo aliqui, aut servus communis duorum speciem aliquam ut fundum, vel Stichum stipulentur: nam et hic divisio fit corporum in singulas personas, ac dimidiæ partes singulis debentur. L. *in stipulationibus, supr. eod.* L. *cum Stichus, infr. de sol.* Itaque si quis stipuletur fundum sibi et Titio, dicendum est et hic nihil deberi ex stipulatione, nisi partem fundi. Nam si sibi partem stipulatus intelligitur, partem Titio, sola pars ei debebitur: Titio nihil, cui stipulari non potuit: qua una ratione defenditur decem promissis mihi et Titio, sola quinque deberi, ut docuimus ad dictam L. *eum, qui ita*, 56. *supr.* Restat igitur, ut si qua in re distinguitur hæc stipulatio, *mihi et Titio decem dari*, ab illa emptione fundi, *mihi et Titio fundus emptus est*, dissimititudo quæ in rebus non est, sit in genere contractus: quod et verum est. Differentiæ ratio quæritur: quæ mihi non in eo esse videtur, quod emptio sit bonæ fidei; cum non minus in stipulatione servandum sit, quod actum est, quam in emptione: L. *semper in stipulationibus, infr. de reg. iur.* sed quia in emptione superiore hoc agitur, ut totus fundus sit emptus, idque utiliter; in stipulatione pecuniæ, ut tota pecunia detur, non item. Aio in hac emptione, *fundus ille mihi est emptus, et Titio*, hoc agi cum ab emptore, tum a venditore, ut totus fundus emptus sit. Ab emptore, constat, quia fundum emptum vult partim sibi, partim Titio. A venditore, quia ille totum fundum vendendo id agit, ne quid ex eo fundo retineat. Atque hanc etiam mentem esse venditoris, ut emptor de toto fundo vel a se vel a Titio accipiendo constituat, hinc liquet, quod id ita fieri venditoris interest, partim ut consequatur totius fundi pretium, partim ne in communionem incidat cum emptore; ad quam propter eius incommoda nemo invitus compellitur. L. *si non sortem*, §. *si centum, supr. de cond. ind.* Quam ob caussam ut volet venditor totum fundum tradere emptori, ita et iudicio empti ut præstetur, quod actum est, idest, quod convenit, consequi poterit. *L. ex empto, in pr. supr. de act. empt.* In hac autem stipulatione *mihi et Titio decem dari*, etsi quis dederit stipulatorem id agere, ut tota summa detur; tamen promissor non est hoc animo, ut si partem pecuniæ non det Titio iuxta conventionem, eam partem det stipulatori, ut dici possit utrinque id agi, ut tota summa ei præstetur, Non esse autem eum hoc animo hinc apparet, quod cum pro ea summa nihil vicissim accipiat ex stipulatione, totam summam stipulatori dari nihil eius interest. Quinimo contra eius interest non dari, satiusque est partem pecuniæ apud eum manere, quam nihil. Quod si fingeremus promissoris interesse totum dari, ut aliud acciperet: tamen frustra id esset, neque ea re illum oporteret moveri, ut vellet totum dare: quoniam ut vicissim quid accipiat, ex ea stipulatione consequi non potest: ex stipulatione enim stipulatori datur actio, non etiam promissori, qui nihil stipulatus est. † Sane non ex emptione tan- 3
tum, sed etiam ex stipulatione ei qui stipulatus est sibi et Titio, totum quod in sti-

stipulatum deductum est, debetur, si quis stipuletur servitutem sibi et vicino. Hoc quidem in eo responsum est, qui in fundo vendendo servitutem sibi et vicino excepit. L. *proprium supr. com. præd.* Sed non minus idem probandum est, et si nullum fundum vendendo idem stipuletur ab alio, est enim servitus res natura eiusmodi, quæ divisionem non recipiat: ut proinde si quis hanc sibi stipulatur, non possit, quin stipuletur totam: ut et stipulando Titio, etiam totam intelligitur illi stipulari.

Ad §. Si stipulatus fuero.

Si stipulatus fuero de te, *Vestem tuam quæcunque muliebris est, dare spondes?* magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debeat: ut quid in re sit, æstimari debeat, an non quid senserit promissor. Itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilominus debetur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatus vestem promissoris, quæcunque muliebris esset, an ex eo numero eam, quam promissor pro virili habuerit, recte petat.*
2. *Probatio voluntatis in proposito ab utro, et qua ratione fiat.*
3. *In legato vestis muliebris secus atque in stipulatione: et quæ diversi iuris ratio.*
4. *De stipulationum interpretatione præceptum.*

1 QUI vestem promissoris, quæcunque muliebris esset, stipulatus est, omnem muliebrem recte petet; etiam si quædam fuerit ex eo numero, qua promissor fuerit uti solitus quasi virili, atque adeo quam pro virili habuerit: quippe usus eius et opinio naturam rei non mutavit: et ut Servius scripsit, non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debent. *L. Labeo, vers. Servius, supr. de sup. leg.* Quid ergo, si de ea non sentit promissor? sine dubio eam non debebit; stipulatio enim nisi ex utriusque consensu non valet. L. *inter* §. 1. *supr.* L. *con-*
2 *tinuus*, §. 1. *infra eod.* † Sed si dicat se de ea non sensisse, probare eum oportet: alioqui verbis stipulationis refellitur: et in re dubia nemo dixisse existimandus est quod senserit. *d. L. Labeo, vers. Tubero, de sup. leg.* Enimvero probabit, dicet aliquis, ex eo, quod ea veste quasi virili perpetuo sit usus. Sed non est hoc satis: nihil enim prohibet eum tamquam virili usum esse ea veste, quam tamen muliebrem esse sciret, et pro muliebri etiam haberet. Quinimo etsi habuerit pro virili: tamen nihil vetat, quominus muliebrem appellando, voluerit omnem comprehendi, quæ revera esset muliebris, etiam si ipse forte in eo nomine
3 erraret. † Videamus tamen, ne argumentum superius confirmetur in *L. inter, supra de aur. et argen. leg.* Nam si testator vestem suam muliebrem legaverit, negat illic Pomponius idem, qui et auctor est huius responsi, eam vestem contineri legato, qua ipse quasi virili utebatur: hac ratione, quia non videatur de ea sensisse. At quamobrem non videtur? adiicit unum hoc argumentum voluntatis, quia ipse pro virili utebatur. Quidni igitur dicamus et promissorem dum muliebrem nominavit, videri de illa non sensisse, qua ante quasi virili uti solitus fuerit, idque hoc eodem argumento satis probari, quod ille tanquam virili uteretur? In quo paulo plus difficultatis obiicitur, quam vulgo plerique putant. Etenim si quæreretur, an potius voluntas testatoris spectanda esset in legato, quam promissoris in stipulatione, non esset ratio differentiæ admodum obscura: cum legatum ex solius testatoris voluntate pendeat; stipulatio ex duorum consensu. Nunc autem hoc quæritur, an ideo quis existimandus sit sub appellatione vestis muliebris de aliqua muliebri non sensisse, quia ea tanquam muliebri non sit usus: quod argumentum voluntatis si admittitur in persona testatoris, non statim occurrit, cur non et in promissoris persona debeat admitti. Atqui hoc admisso statuendum est nec stipulationem valere in ea veste muliebri, de qua promissor non senserit. Sed dicendum est id argumentum in persona testatoris recte admitti in *d. L. inter*: ad promissorem autem produci non debere. Quod enim in testatoris voluntate coniicienda consuetudinem eius sequimur, ut sequendam esse præcipitur in L. *si servus plurimum*, §. *ult. supr. de leg.* 1. recte fit: propterea quod nihil est in scripto testatoris, quod ei coniecturæ refragetur, cum scriptum ex alterius responsione certa non pendeat, ad quam id de-

debeat deinde referri. At in promissore quominus eadem coniectura admittatur, refragantur ea quæ fiunt in stipulatione: stipulator enim certis et minime obscuris verbis interrogat de omni veste muliebri, et quidem ea gratia, ut in eam rem obligatio obstringatur: in eadem verba respondet promissor, et breviter ad interrogatum responsum accommodat. §. *præterea Inst. de inut. stip.* Certum hoc argumentum est, nisi quid eum adiuvet verbi ambigui in aliam sententiam significatio, videri eum in eam significationem, quæ allata est, et respondisse et consensisse. Et vero id ita esse existimandum est: alioqui stipulatori, qui verba stipulationis recte et late concepit, et sibi cavit ex præscripto. *L. quidquid, supr. eod.* summa fiet iniuria, si promissori licebit postea aliud decidere ex iis, quæ verbis stipulationis manifeste continentur. Nam si quid excipere volebat, dicere debuit: si non fecit, ipsius culpa est, quam illi nocere æquum est. † In summa exemplo huius lo- 4
ci docemur, cum verba stipulationis ambigua non sunt, semper in re dubia verbis standum esse, etiamsi expediat promissori quædam ex generali verbo excipi: nec unquam locum habere illud, quod dicitur, verba contra stipulatorem interpretanda esse, nisi cum ambigua oratio est, quæ et pro stipulatore et pro promissore possit accipi, ut sit electioni locus. Congruit L. *non est supr. de trans. L. quidquid infr. eod.* ubi in hanc sententiam plura diximus.

Ad L. Si stipulatus fuero. 111.

Idem lib. v. *ad Quintum Mucium.*

Si stipulatus fuero per te non fieri quo minus mihi illa domo uti liceat: an etiam si me non prohibeas, uxorem autem meam prohibeas: vel contra uxore mea stipulata, me prohibeas, an committatur stipulatio? Et satius est hæc verba sic accipi. Nam et si stipulatus fuero, per te non fieri quo minus mihi via, itinere, actu uti liceat: et si non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas: sciendum erit committi stipulationem.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Per te non fieri, quominus mihi domo, aut itinere uti liceat, quibus prohibitis committatur.* et n. 4.
2. *Marito stipulante si prohibetur uxor, committitur stipulatio.*
3. *Itinere per quos utamur.*
5. *Lectio huius legis.*

1 STipulatus sum per te non fieri, quominus mihi domo, aut itinere uti liceat quoniam hic de me tantum aperte cautum est, nihil aperte de aliis: quæsitum est, an quibusvis aliis prohibitis, ne utantur, non committatur stipulatio, sed tunc solum, cum ipse recta prohibeor. Movet, quod nihil venit in stipulationem, nisi quod verbis palam expressum est. *L. quidquid, supr. eod.* nihil autem hic, ut videtur, cautum est de aliis. Pomponius docet etiam aliis prohibitis interdum stipulationem committi. Quod autem ex iis exemplis, quibus utitur, colligere liceat, statuit hanc sententiam, quam oporteat in universum teneri, stipulationem et tunc committi aliis prohibitis, cum si prohibentur, aut sine quibus stipulator uti non potest, aut per quos ea re, de qua cautum est, utebatur. Utimur domo per nos ipsos: sed non possumus uti sine uxore et familia, nisi iis carere volumus, quibus honeste non possumus. Quemadmodum nec uxor potest sine marito, nisi illi matrimonio carendum sit. *L. 4. §. 1. supr. de us. et hab. L. pen. supr. de ser. leg.* † Proinde marito stipulante si pro- 2
hibetur uxor, stipulatio committetur: et contra stipulante uxore, si prohibetur maritus, ut hic scriptum est. † Itinere uti- 3
emur non tantum per nosmetipsos, sed etiam per omnes, qui nostro nomine ingrediuntur, mercenarios, hospites, colonos, quique ad invisendos nos veniunt. *L. usu, supr. quem ser. am.* Proinde et his prohibitis committetur stipulatio, ut hic quoque responsum est. † Nec cum id dicimus, me- 4
tuemus, ne videamur statuere aliquid ex stipulatione deberi, præter quam quod stipulationis verbis cautum sit: verbis enim de nobis non prohibendis cautum est: prohibemur autem non tantum recta per nos ipsos, sed etiam obliqua via per supra scriptas personas; ne forte obiectionis diluendæ caussa ad obscuram aliquam, nec satis tutam eius quod actum est, coniecturam hic confugiamus, ubi non sit necesse. Nam

Nam uxorè prohibita, satis prohibeor, cum ea domo exclusa, mihi ea domo uti non licet: eo autem, qui meo nomine utebatur, prohibito, ideo quodammodo recta videor prohiberi, quia ego per illum utebar. Is enim possidet et utitur, cuius nomine alius possidet, aut utitur. *L. quod meo, supr. de acq. pos. L.* 1. *§. is*
5 *cuius, et §. pen. supr. de it. act. pr.* † Ait, *Et latius est sic accipi.* Sic in Pandectis Flor. Legendum est, ut in aliis exemplaribus, et *satius est*, pro, *verius est*: seu *magis est*; quæ formulæ loquendi auctoribus nostris in respondendo sunt usitatæ. Nam illud *latius*, pro, *æquius*, seu eo quod non est ex stricto iure, primum inauditum est. Deinde sic accipi naturæ stipulationis repugnat: quæ cum sit stricti iuris: L. *in actionibus, in fin.* et *L. seq. supr. de in lit. iur.* dici debuit in ea sequi nos debere, non quod latum est, et ex æquo et bono, sed quod nominatim verbis comprehensum: quod et aliis locis testatum est fieri debere. L. *quia, supr. de neg. gest. §. ult. Inst. de obl. ex cons.*

Ad. L. Si quis stipulatus sit. 112.

Idem lib. XV. *ad Quintum Mucium.*

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet: et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quærentibus respiciendus erit sermo stipulationis: utrumne talis sit, *Quem voluero*: an *quem volam*, nam si talis fuerit, *quem voluero*: cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit, si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis, *quem volam*: donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit.

SUMMARIA

1. *In disiunctivis quandiu promissoris sit electio.*
2. *Stipulator, qui electionem sibi recepit, quandiu voluntatem mutare possit.*
3. *Verba hæc,* Quem voluero et, Quem volam, *cur diversum ius in stipulationibus efficiant.*
4. *Electione in rebus disiunctim legatis, testatoris fuerunt semel facta, non est legatario voluntatis mutandæ potestas, quibuscunque verbis testator usus sit.*
5. *Reprehenditur sententia eorum, qui in hac electione interesse putant, utrum per damnationem; an per vindicationem quid legatum sit, quique promissorem, qui illud aut illud debet, heredi a quo illud aut illud relictum est, electione ei data similem esse statuunt.*

1 CUM illud aut illud debetur, et quæritur, utrum is cuius fuit electio, postquam semel elegit, voluntatem possit mutare postea; placet hoc interesse inter promissorem et stipulatorem, quod promissor et mutare voluntatem potest, et potest quoties velit, quoad id, quod promissum est, solvatur; de quo diximus ad *L. qui*
2 *ex pluribus* 106. *sup. eod.* † Utrumque, autem diversum est in stipulatore, qui electionem sibi recepit, de quo hic scriptum est. Nam si ita dixerit Stichum aut Pamphilum, utrum *voluero*, uno semel electo, voluntatem in totum mutare non licet; sin ita, Stichum aut Pamphilum, *utrum volam*, placet quidem posse stipulatorem voluntatem mutare, sed dumtaxat *donec iudicium dictet*, id est, usque ad litem contestatam. Hoc posterius quam rationem habeat, do-
3 cui ad *d. L. qui ex pluribus.* † Cur autem putetur interesse an promissor dixerit, *quem voluero*, an *quem volam*, hæc causa est, quod his verbis, *quem voluero*, stipulator sibi excipit in præteritum eum, qui electus erit, non in futurum eum, qui quandoque eligetur. Itaque uno semel electo alterius deinceps eligendi potestas non erit: electi enim petitio dabatur, non eligendi. His autem verbis, *quem volam*, excipitur in infinitum, quem promissor volet postea. Proinde et si unum aliquem elegerit promissor, tamen alium postea recte petet: quia dicet et post priorem electionem sibi relictam esse potestatem eligendi, quem volet: quod et nunc facit, cum alium iterum eligit. Denique hoc verbum, *volam*, non ad unam sequentis temporis voluntatem refertur, sed ad omnes, quæ sequentur postea etiam in infinitum: idque est, quod Paulus ad Senatusconsultum Orphitianum ad probandam hanc in filio mutandæ voluntatis potestatem, hæc verba extensiva esse ait, si nemo filiorum volet hereditatem suscipere. *L. filii, supr. ad Tertyl.* † 4
Sed

Sed hæc distinctio in rebus disiunctim legatis, quæ quidem testatoris fuerint, locum non habet. Sive enim tacite electio est legatarii, sive hæc nominatim a testatore illi adscripta est, quibuscunque verbis testator fuerit usus; simul atque legatarius rem unam se velle dixerit, mutare amplius voluntatem non potest. L. 5. *supr. de leg.* 1. *L. apud*, *supr. de op. leg.* optima ratione, quæ redditur a Labeone in *d. L.* apud, *quia*, inquit, *omne ius legati prima testatione*, *qua sumere se dixisset*, *consumpsit*; *quoniam res continuo eius fit*, *simul ac se di-*
5 *xerit unam sumere.* † Res omnes legatæ cum hodie constitutione Iustiniani ex omni genere legatorum pariter fiant legatarii; L. 1. *C. com. de leg.* §. 1. *et seq. Instit. de leg.* certum est superiorem rationem, proinde et ius pertinere ad omnem speciem legati. Quapropter valde inepti sunt, qui hodie in hac electione rei legatæ interesse docent, utrum per damnationem quid legatum sit, an per vindicationem: ut si per damnationem, tum his verbis, *quod legatarius volet*, liceat legatario, et cum semel elegerit, voluntatem mutare: si per vindicationem, nullo modo liceat, sive testator dixerit, quod legatarius *volet*, sive, *quod voluerit.* Sed hoc ab illis dici non miror, qui hoc eodem loco scribere ausi sunt promissorem, qui illud aut illud debet, similem esse heredi, a quo illud aut illud relictum est, electione ei data, et ubi semel uterque de aliquo constituit, ei se dando obstringere, et ius statim stipulatori, vel legatario acquiri. Quo significant promissorem cum semel elegerit, statim ad id dandum, quod elegit obligari, nec postea mutare posse voluntatem. Nam et heredem constat, si unum elegerit, voluntatem postea mutare non posse. *L. statuliberum*, *in fin. supr. de leg.* 2. *L. huiusmodi*, *L. Stichum*, *supr. de leg.* 1. quasi non sint loci in medio dilucide scripti, quibus de electione et mutandi potestate promissoris contrarium ex professo traditum est. L. *qui ex pluribus*, *supr. et L. eum*, *qui certarum*, §. *ult. infr. eod.*

Ad §. Si quis ita stipulatus.

Si quis ita stipulatus fuerit: *Pro centum aureis satisdabis*? et reum dederit in istam summam: Proculus, ait semper in satisdactionis stipulatione venire quod interesset stipulantis: ut alias tota sors inesset, veluti si idoneus promissor non sit: alias minus, si in aliquid idoneus esset debitor: alias nihil, si tam locuples esset, ut nostra non intersit satis ab eo accipere: nisi quod plerunque idonei non tam patrimonio quam fide quoque æstimarentur.

SUMMARIA.

1. *In stipulatione hac*, Pro centum aureis satisdabis? *aliud ius verba stipulationis faciunt*, *aliud stipulationis natura exigit.*
2. *Stipulatio superior faciendi stipulatio est*, *eoque id*, *quod interest stipulantis*, *continet.*
3. *Obligationis prædictæ duo effectus.*
4. *In stipulatione proposita quomodo accidat*, *ut stipulantis aut nihil*, *aut varie intersit.*
5. *In faciendi obligationibus promissor non præcise cogitur ad faciendum*, *quamvis facere possit.*
6. *Verbum*, Stipulatus, *hoc loco quomodo accipiendum.*

1 PRomisit quis se pro centum aureis satisdaturum. Cum satisdare sit fideiussorem dare, et eum pro rei qualitate locupletem, ut creditori pro eo, quod petit satisfiat: *L.* 1. *L.* 2. *supr. qui satisd. cog. L.* 1. *supr. in ius voc. ut eant.* verba stipulationis faciunt, ut sive promissor non det reum, ut hic appellatur, id est, fideiussorem; sive det, et quidem in eam summam, de qua cautum est, quod hic factum proponitur; sed non det idoneum, ut datum esse non idoneum intelligendum est, ut quæstio procedat: utraque de caussa statim cum promissore agi possit, et peti summa centum aureorum. Pomponius hic docet aliud naturam stipulationis exigere. Secundum hac etsi promissor ita, ut supra scriptum est, non satisdet, tamen neque semper cum eo agi posse; et si agi potest, non semper posse in solidam eam summam.
† Id autem ita fieri declarat: quippe hæc 2
stipulatio, satisdabis? faciendi stipulatio est in hoc genere si non fit, quod promissum est, placet venire in stipulationem, id, quod interest stipulantis. L. *stipulationes*
non vers. Celsus, *L. si pœnam sup. eod.* † 3
Ea obligatio duo efficit: unum, ut si fideiussorem dari stipulantis non interest, non teneatur promissor, quamvis non satisdet. Alterum, ut si intersit stipulantis fide-

deiussorem dari, tamen hactenus agi possit, quatenus illius interest.

4 † Ac ne quis requirat, possit ne accidere, ut in proposito stipulantis nihil intersit, aut si quid interest, ut intersit varie: docet utrumque; contingere posse, et quomodo accidat, ostendit. Nihil stipulantis interest, si debitor (intellige, principalis, quem et hic promissorem nominat) sit locuples. Quod non tantum ex patrimonio eius et facultatibus æstimandum esse vult, ut scilicet sit solvendo, sed etiam ex fide; illic ut sit, qui possit: hic, ut sit, qui velit solvere. Quid enim, si sit homo dubiæ fidei, litium amans, et contentiosus? E converso in totam summam debitam interest stipulantis, si promissor non is, ut dixi, qui promisit satisdari, sed principalis, in totum non sit idoneus. Sed et alias minoris interest, si in aliquid idoneus sit hic debitor. Idem Celsi responsum est de hac specie in L. *si quis ab alio, supra, de re iud.* Hic sub una specie stipulationis faciendi declaratur in universum, quæ sit in hoc genere obligatio promissoris: et simul confirmatur illud, quod pluribus ostendi ad *L. stipulationes non, vers. Celsus, supra* † neminem 5
præcise cogi ad faciendum, quamvis possit facere: ut hic, qui promisit se fideiussorem daturum, nunquam tenetur, si non dedit, nisi in id quod interest stipulantis: usque adeo, ut si stipulantis nihil intersit, nulla sit actio. † *Ait, Si quis ita stipulatus fuerit* hoc sic accipe: si quis ita interrogatus fuerit, *pro centum aureis satidabis?* ut sit hic *stipulatus* verbum commune sub passiva significatione. Apparet enim ex sequentibus verba hæc referri ad promissorem, non ad stipulatorem: cum Pomponius hunc qui pro centum stipulatus proponitur, subiiciat reum dedisse in istam summam: quod est promittentis non stipulantis: de quo usu verbi stipulor, plura scripsi ad *L. 5. §. stipulatio. supr.*

Ad L. Cum stipulatus sim. 113.

Proculus lib. II. *Epistolarum.*

Cum stipulatus sim mihi, o Procule, si opus arbitratu meo ante Kalendas Iunias effectum non sit, pœnam: et protuli diem: putasne vere me posse dicere, arbitratu meo opus effectum non esse ante Kalendas Iunias: cum ipse arbitrio meo aliam operi laxiorem dederim? Proculus respondit, non sine caussa distinguendum est, interesse utrum per promissorem mora non fuisset quo minus opus ante Kalendas Iunias ita uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur: an cum iam opus effici non posset ante Kalendas Iunias, stipulator diem in Kalendis Augustis protulisset. Nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante Kalendas Iunias effici non poterat, puto pœnam esse commissam: nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante Kalendas Iunias fuit quo stipulator non desideravit id ante Kalendas Iunias effici: idest, quod non est arbitratus ut fieret, quod fieri non poterat; aut si hoc falsum est: etiam si stipulator, pridie Kalendas Iunias mortuus esset, pœna commissa non esset: quoniam mortuus arbitrari non potuisset, et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset. Et propemodum etiam si ante Kalendas Iunias futurum esse cœpit, opus ante eam diem effici non posse: pœna commissa est.

SUMMARIA.

1. *Species legis, et dubitandi ratio.*
2. *Iurisconsulti in proposita quæstione distinctio.* et n. 4.
3. *Mora per promissorem non fuisse, quo minus opus intra diem statutum perficeretur, duobus modis dicitur, et utra significatio huic loco conveniat.*
5. *Dilatio sequens, quæ stipulationis pars non fuit, conditionem obligationis, quæ ab initio fuit, non immutat.*
6. *Summa sententiæ Iurisconsulti in hoc responso.* et n. 14.
7. *Pœna iam commissa, prorogatio temporis debitori ad pœnam vitandam non prodest.*
8. *Sensus verborum Proculi.* Nam si tum diem stipulator protulit. etc.
9. *Pœnam, antequam dies venerit, non committi, etiam si ante certum sit fieri non posse quod debuit, quomodo accipiendum.*
10. *Obiectio Proculi, eiusque dilatio.*

11. *Pœna*

11. *Pœna non ex interpellatione creditoris, aut promissoris mora, sed ex conditionis eventu committitur.*
12. *Conditio hæc stipulationis*, Si arbitratu stipulatoris opus effectum non erit, *quid contineat, et quot modis ex ea stipulatio committatur.*
13. *Stipulatore in proposito non arbitrante, an et quomodo quid imputari possit promissori, ut pœna committatur.*
15. *Exceptio doli an stipulatori pœnam petendi obstet, si paratus sit promissor opus facere intra diem prorogatum, aut etiam si fecerit.*
16. *Stipulator diem proferendo, an factum elegisse videatur.*

1 Locavi insulam faciendam, et a redemptore operis de tempore ædificandi ita mihi cavi, ut stipularer pœnam, si opus arbitratu meo ante Calendas Iunias effectum non esset. Deinde ne queri posset promissor sibi non esse satis temporis ad opus perficiendum, ante Calendas Iunias diem protuli; id est, ut Proculus aliis verbis idem exprimit postea, diem operi faciendo laxiorem dedi, hanc proferens in Calendas Augusti: opus ante Calendas Iunias effectum non est. Quæstio, an pœnalis stipulatio commissa sit quasi impleta conditione, nec quidquam prosit reo ad pœnam evitandam, quod diem protuli. Et si simpliciter promissa esset pœna hoc modo, si opus intra Calendas Iunias factum non esset, non dubitem, quin pœna esset commissa: verum enim esset opus factum non esse intra Calendas Iunias; quæ conditio erat pœnalis stipulationis, de quo paulo post plura. Nunc aut conditio ita concepta est, *si opus arbitratu meo effectum non sit intra Calendas Iunias*, atque hinc ambigendi causa: unde et quæstio consultoris initio posita, videaturne hic conditio stipulationis exstitisse, cum non videatur dici posse opus factum non esse arbitrio meo, cum arbitrio meo contigerit, ne opus intra
2 tempus constitutum fieret. † Proculus ita distinguendum esse respondet, ut intersit utrum cum stipulator diem protulit, per promissorem mora non fuisset, quominus opus ante Calendas Iunias perficeretur; an vero iam tum constaret opus effici non posse ante Calendas Iunias. De cuius distinctionis significatione, priusquam longius progredimur, non nihil dicendum est. Posterius quidem membrum dilucide scriptum est: intelligimus enim, quid sit opus intra Calendas Iunias effici non posse. At prius ambiguam orationem habet: ex quo et ipsum at item posterius incidit in difficultatem.
3 † Duobus enim modis, et his maxime diversis dici potest per promissorem mora non fuisse, quominus opus intra Calendas Iunias non perficeretur. Uno, cum iam opus intra eas Calendas perfici non potest, sed quominus inchoaretur opus tempestive, per promissorem factum non est, quia vel tempestate prohibitus sit, vel vi hostium, latronumve. Altero modo priori contrario, cum adhuc opus effici potest intra Calendas Iunias, et ob hanc ipsam caussam dicitur promissor adhuc in mora non fuisse perficiendi operis, quia etsi non statim opus post stipulationem interpositam inchoatum est; non tamen ita est cessatum, quin adhuc possit perfici intra eas Calendas. Utrum horum dicamus, ad utriusque membri distinctionem multum interest: proinde videndum, quid conveniat huic loco. Et prior significatio nullo modo convenit: nam si in priore quoque membro intelligimus opus iam fieri non potuisse intra Calendas, non distabit in hac re prius a posteriore; cum et in posteriore proponatur stipulator diem protulisse, cum iam opus effici non posset ante Calendas Iunias: qua ipsa tamen in re apparet Proculum prius membrum ab altero distinxisse. Restat igitur, ut hæc verba, *utrum per promissorem mora non fuisset, quominus opus intra Calendas Iunias perficeretur*, sic accipiamus, utrum nondum inchoando operi mora facta esset, quia non ita esset in eo cessatum, quin adhuc satis esset temporis ad opus intra Calendas Iunias perficiendum.
† Quare si planius dicendum est, hæc distinctio est Proculi, referre in summa, utrum stipulator in proposito diem tunc protulerit, cum adhuc opus perfici posset intra Calendas Iunias; an vero tunc, cum non posset. Hac distinctione posita, de posteriore tantum parte diserte respondet statuens die tunc prolato, cum iam opus effici non posset, pœnam esse commissam. De priore nihil aperte dicit, significans se putare id, de quo interrogatus erat, in hac specie vere dici nimirum tunc pœnam non committi, opere intra Calendas Iunias non perfecto, cum stipulator diem protulit eo tempore, cum adhuc intra eas Calendas opus perfici posset: in eaque re se admittere rationem consultoris, ut dicamus non posse videri opus intra Calendas Iunias factum non esse arbitrio stipulatoris, cum eius arbitrio dies ad opus faciendum prolata est. Idque ex antithesi posterioris membri facile potest intelligi: nam si tunc, cum opus perfici non potest, pœna committitur, quæcunque dilatio postea dabitur, eaque species

cies distinguenda est ab ea, cum opus adhuc potest perfici, ut distinguendam esse Proculus proposuit: perspicuum est hanc eius sententiam esse, ne, die tunc dilato, cum opus perfici potest intra Calendas, pœna intra eas, aut post eas committatur. Sed cum pœna promissa sit, si opus factum non erit intra Calendas Iunias; verum sit autem intra eas Calendas opus factum non esse: quomodo negamus existente stipulationis conditione pœnam esse commissam: cum in pœna hoc solum inspiciendum sit, quæ sit quantitas, quæque conditio obligationis? *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *in fin. supr.* neque enim dies postea prolatus efficere potuit, quominus verum sit opus postea intra Calendas Iunias factum non esse, eoque et extitisse conditionem. Et si quidem conditio stipulationis propositæ simpliciter ita esset, si opus factum non sit intra Calendas Iunias, iam dixi in universum admitti debuisse opere intra Calendas Iunias non facto pœnam committi: quæcunque dici prolatio postea esset secuta: quod et verum est.
5 † Nam dilatio sequens, quæ stipulationis pars non fuit, conditionem obligationis, quæ ab initio fuisset, immutare non potuit. arg. *L.* 1. §. *si quis simpliciter.* illic, *cum adiicitur*, supr. *eod.* Nunc autem conditio hæc fuit, si opus factum non erit arbitratu stipulatoris: proinde si eius arbitrio opus factum erit, etiam ex verbis stipulatio non committetur. Factum est autem opus eius arbitratu, cum eius arbitrio factum est id, quod promissor voluit, si modo intra prolatam saltem diem possit adhuc opus perfici. Sed iam de altera parte distinctionis, de qua ex professo respondet Pro-
6 culus, videamus. † Est autem hæc summa eius sententiæ: si ante Calendas Iunias stipulator diem protulit, sed tunc, cum iam certum esset opus perfici non posse intra eas Calendas, de quibus stipulatione comprehensum erat nihil prodesse promissori diei prorogationem, quominus pœna committatur. Roget igitur statim quispiam, cur non et hic dicamus non extitisse conditionem stipulationis, cum arbitrio stipulatoris factum sit, ne intra Calendas Iunias opus fieret, quemadmodum et priore casu committitur. Huic dubitationi occurrit Proculus, cum ita respondet, si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante Calendas Iunias effici non poterat, pœnam esse commissam. Non dicit pœnam commissum iri postea: sed iam ante esse commissam.
7 † Si iam tum pœna commissa erat, vel hinc sua sponte intelligitur nihil proficere sequentem prolationem diei ad pœnam evitandam: semel enim constituta obligatio pacto tolli non potest. *L. obligationum fere*, vers. *placet*, *supr. prox. tit.* Atqui hinc etiam sumi potest, quod ad utriusque partis distinctionem commodissime respondeatur. Cur enim, quærat aliquis, cum opus adhuc effici potest intra Calendas Iunias, et nihilominus stipulator longiorem dilationem dat; opere intra Calendas Iunias non perfecto, tamen pœna non committitur? quia cum stipulator diem proferebat, pœna non erat commissa. Porro nova dilatione data effici potest, ut quæ commissa non est, in posterum non committatur; non existente videlicet propter novam dilationem stipulationis conditione, propter ea verba, *si arbitratu stipulatoris opus factum non erit intra Calendas.* At hic cum iam amplius opus effici non potest intra eas Calendas, posteaquam placet simul et pœnam statim esse commissam: non mirum, si prolato postea die, nihilominus eandem pœnam ut ante, sic et nunc commissam deberi dicimus: Prolatio enim diei, omnisque adeo conventio stipulationem secuta futuræ obligationi obstare potest, dum facit, ne existat conditio: natam autem iam ante obligationem perimere non potest. Quod si admiserimus, cum primum certum esse cœpit opus effici non posse, iam tum pœnam non esse commissam, sed committi solum post Calendas Iunias, ut quidam putant: fatendum erit etiam hoc casu nova dilatione data pœnam non committi post Calendas Iunias; quamvis ante eas Calendas opus factum non fuerit. Semper enim verum erit arbitrio stipulatoris factum esse ante Calendas, quod factum est, si ille arbitratus est, ut intra laxiorem diem opus facere liceret. Itaque etiam si nihil esset in verbis Proculi hoc loco, unde intelligeremus pœnam statim esse commissam, cum opus intra Calendas Iunias perfici non potuit: tamen ad recte distinguendas species distinctionis propositæ necessario intelligi oporteret, et aliunde huc transferri. † Nunc autem id aperte ex- 8
primitur verbis Proculi: quid enim aliud significatur his verbis; *nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante Calendas Iunias effici non poterat; puto pœnam esse commissam?* Hic non protulit diem stipulator post Calendas Iunias: nam tunc nullus fuit dies, qui proferretur, cum dies constitutus iam præteriisset. Et certe si hic poneretur post Calendas Iunias nova dilatio data esse, sublata esset utroque casu dubitatio, et illa distinctio qua hic utitur Proculus; cum utroque casu daretur dilatio, tum cum constaret pœnam iam ante esse commissam. Protulit ergo sine dubio stipulator diem ante Calendas Iunias; sed tunc, cum certum esset opus ante eam diem effici non posse;

et

et tamen, ut ante monui, ait Proculus non commissum iri pœnam postea, sed in præteritum esse commissam. Aperte hoc idem expressit in extremo his verbis: *et propemodum etiam si ante Calendas Iunias futurum esse cœpit opus ante eam diem effici non posse; pœna commissa est.* Adiecit *propemodum*; non quo significet nondum esse commissam: alioqui aperte dicere debuit commissam non esse, ne incertiorem relinqueret consultorem, quam accepit: sed ea forma, qua veteres in respondendo vitantes asseverandi arrogantiam uti soliti sunt, ut dicant, *prope est*; *magis est*, ut pœna sit commissa: aut certe innuens pœnam esse commissam iure, ut debeatur, non tamen perfecte, ut mox dicam. Sed prius magis placet. Quare non recte quidam negant hoc dici a Proculo. Nec vero temere est, cur laboremus in ea sententia demonstranda, aut eam tantopere retinendam putemus: cum, ut ostendimus, huius responsi ratio posita sit tota in eius sententiæ confirmatione. Non nego etiam tunc, cum multo ante Calendas Iunias certum esse cœpit opus intra eam diem effici non posse, tamen non posse pœnam peti ante Calendas Iunias, ut est in *L. illa.* 8. *supr. eod.* Sed nihilominus statim et ante diem stipulatio est commissa, ut ibidem diserte scriptum est.
9 † Nam quod quibusdam locis traditur in hoc genere pœnam ante quam dies venerit, non committi, etiam si ante certum sit fieri non posse, quod debuit: et quod idem valet, pœnæ promissæ diem cedere post Calendas faciendo operi præstitutas, ut *L. insulam.* 124. *infr. L. stipulationes non*, §. *ult. supr. eod.* Utrumque sic interpretandum est, ut intelligamus non committi pœnam, seu eius diem non cedere ante Calendas cum effectu: propterea quod ante conveniri reus promittendi non potest, ut expressum est in *d. L. stipulationes non* §. *ult. supr.* Neque hæc in hac re nova videri debet interpretatio. Nam et in *L. eum, qui Calendis*, §. *ult. supr.* absolute scriptum est, diem obligationi adiectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur; et in summa ante diem pecuniam non deberi. Quod omnes sic accipiendum esse confitentur, ut sit sensus ante diem non deberi cum effectu, quia ante peti non potest: sed nihilominus et ante constat deberi saltem natura, neque id sine aliquo effectu. *L. centesimis*, *supra*, *eod.*
10 §. *omnis*, *Instit. eod.* † Cognoscendum est autem, quid sit illud; quod sibi obiicit Proculus adversus superiorem sententiam, in quo ille diluendo laborat in illis verbis, *nec ad rem pertinere*, et deinceps. Neque enim qualis sit obiectio, aut quid respondeat satis intelligitur. Obiectio est huiusmodi: cum ante Calendas Iunias profertur dies faciendi operis in Calendas Augusti: constat exinde esse aliquod tempus, quo non desideravit stipulator a promissore, ut intra Calendas Iunias opus perficeret. Quid dicimus, quo non desideravit stipulator, ut opus fieret? imo vero quo nec potuit desiderare propter a se prolatum diem: proinde esse id tempus, inquit Proculus, *quo non est arbitratus stipulator, ut fieret, quod iam fieri non poterat.* Adde etiam, quo nec potuit arbitrari eadem de caussa: nec quidquam addit præterea Proculus. Sed quid inde efficitur adversus superiorem sententiam? quæret aliquis: non enim videtur hinc quidquam effici posse contra ne probabiliter quidem. Et plane nihil efficeretur, nisi adversarii, qui id obiiciebant, hoc sumerent videri stipulatorem ex superiore stipulatione arbitrari semper debere et desiderare, ut opus fiat ad hoc, ut pœna committatur: quasi illis verbis, *si arbitratu stipulatoris opus factum non esset*, hoc significaretur, si arbitratu stipulatoris præcedente factum non esset, atque ita si ille prius arbitratus non esset. Quo admisso recte sic colligitur; si in proposito id stipulator non fecit, ac ne potuit quidem propter conventionem, hac de caussa stipulatio pœnæ non est commissa. Respondet Proculus nihil ad rem pertinere, quod stipulator aliquo tempore ante Calendas Iunias nec desideravit nec arbitratus est, ut opus fieret. Quo significat non id falsum esse, sed ex eo non effici pœnam in proposito commissam non esse. Non quod illis omnibus concessis, quæ supra posuimus, non recte id colligatur, ut ostendi, sed quia non est satis stipulatorem aliquo tempore non esse arbitratum, ut opus fieret, nisi etiam ex stipulatione id desiderare et arbitrari debeat: quod Proculus vult intelligi falsum esse, et ad id probandum ratio sequens ab illo subiecta pertinet. Alioqui eveniet, inquit, ut si stipulator etiam qui diem non protulit, moriatur pridie Calendas Iunias, pœna non committatur; quia saltem eo die fuerit aliquod tempus, quo stipulator non arbitraretur opus fieri: quod est absurdum; cum certissimum sit eo momento temporis opus perfici non posse. Sed quoniam et hoc aliquis negare potest esse absurdum: vera ratio, cur non cogatur stipulator ex proposita stipulatione desiderare a promissore, ut opus faciat ad pœnam committendam, hæc tenenda est, † quod pœ- 11
na non ex interpellatione creditoris, aut promissoris mora committitur, sed ex conditionis eventu. Exstitit autem conditio in hac specie, si opus intra Dalendas Iunias factum non

non est, quamvis nullo unquam tempore arbitratus fuerit, seu desideraverit stipulator, ut opus fieret: proinde et non desiderante aut arbitrante eo pœna committetur. Idque evidenter ostendit hæc conditio stipulationis, *si arbitratu stipulatoris opus effectum non*
12 *erit.* † Hæc enim conditio duplex est, continetque hæc duo, si opus factum non erit, et, si factum non erit arbitratu stipulatoris. Quibus verbis duo desiderat stipulator: unum, ut opus fiat primum a promissore; alterum, ut ita fiat, ut opus deinde probetur stipulatori. Proinde non solum ex ea parte committetur stipulatio, quod arbitratu stipulatoris opus factum non fuerit, quod contingit, ubi ille opus factum non probavit: sed etiam ex hac parte et quidem maxime, si opus omnino factum non erit, quod sti-
13 pulator arbitrio suo posset probare. † At enim, inquiens, non potuit opus fieri stipulatore non arbitrante: quod si hic recipitur, nihil est, quod imputetur promissori, si illo non arbitrante non fecit, quod non potuit, et vero hoc casu pœna committi non potest. *L. multa, sup. de cond. et dem.* Quod totum quidam confitentes, ideo in hac specie fingi volunt stipulatorem esse arbitratum: quod hic factum esse disertis verbis Proculus negat cum ait, aliquod esse tempus, quo reus non sit arbitratus. Sed nihil minus verum est, quam hic non potuisse opus fieri stipulatore non arbitrante, ut modo ostendi: non quod non eveniat interdum, ut si is, in cuius arbitrium conditio collata est, non arbitretur, evanescat pœna, si debitor non fecit, quod ex alieno arbitrio non potuit: sed quia id tunc contingit, cum opus debitori nominatim iniungitur ad eam formam, quam alius arbitrabitur, ut fit in dicta *L. multa*; hic enim cum forma et exstructio operis pendeat ex alieno arbitrio, et eo quidem extranei: hoc non præcedente, ut non est per rerum naturam, quod promissor possit facere; ita illo non faciente pœna rei impossibilis non committitur. *L. si homo, supr. eod. L. in testamento. 27. supr. de cond. et dem.* At hoc con ita fit in specie proposita, ut enim recte Bartolus sensit, designatum hic erat opus certi generis, et certæ formæ iam ab initio, veluti insula certæ speciei: ut cum de specie ipsa facienda convenisset, ideo nec in ea designanda alio arbitrio stipulatoris esset opus. Ille quidem cogitur ita fingere, ut ista conciliet: nihil enim audet de eo affirmare. Sed nihil est, quod admodum laboremus in eo probando. Huius rei certissimum argumentum est, quod hic stipulatione ipsa certus dies præstitutus est operi faciendo, puta Calendæ Iuniæ. Hoc amplius, quod is dies deinde prolatus est promissori. Horum utrumque fieri non solet, ac ne fieri quidem potest, nisi stultissime, nisi certum opus sit ab initio constitutum: ex operis enim qualitate æstimatur tanto tempore opus esse ad rem efficiendam, quantum vel ab initio datum, vel postea prorogatum est: neque enim omnia opera eandem dilationem desiderant. At cui bono tandem nullo certo opere designato, diem certum promissori ad faciendum dare, aut prorogare? potest enim opus postea institui eiusmodi, quod multo longius tempus desideret: hic brevius dari inutile est. *L. insulam*, §. 1. *supr. loc.* potest contra opus esse eiusmodi, ut potuerit intra brevius tempus perfici: hic vero longius dari, supervacuum. Erat ergo, ut dixi, opus certæ speciei et formæ hic designatum; ut proinde ad id designandum non expectaretur aliud arbitrium stipulatoris. Sed cum de specie certa convenisset, non satis habuit stipulator id opus fieri; sed voluit etiam fieri non vitiosum, et ob id cavit, ut bonitas eius sibi a promissore approbaretur, ut fit in specie *L. ea lege*; §. 1. *supr. loc.* idest, ut opus, arbitratu suo, idest, boni viri fieret, ac nisi ita factum esset, pœnam stipulatus est. In quo manifeste id actum est, non ut arbitrium stipulatoris præcederet extructionem operis, sed ut sequeretur ad bonitatem operis facti æstimandam. † Summa 14
hæc iam sit; cum stipulator diem tunc protulit, cum iam opus ante Calendas Iunias effici non posset, pœnam exinde esse commissam. Nec ad rem pertinere, quod stipulator ex illo nec desideravit, nec arbitratus est ante Calendas, ut opus fieret: quia ad pœnam committendam nihil horum facere ex stipulatione necesse habuerit. Nisi quis dicat, cum stipulator diem protulit, remissive eum promissori faciendi operis instantiam, eoque nec fuisse deinceps promissorem in mora, si postea opus non fecit intra Calendas Iunias. *L. mora, supr. de usur.* Sed parum refert, quid secutum sit post diei prolationem, si iam ante ob præcedentem moram pœna commissa erat, ut commissam esse dicimus: moræ purgatio obligationem stipulatori iam quæsitam auferre non potuit, ut docuimus ad *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr.* Ergo hoc manebit pœnam hic ipso iure commissam esse, quam nulla diei prorogatio abstulerit. † Sed si pa- 15
ratus sit promissor opus facere intra Calendas Augusti, qui dies illi prorogatus est, aut etiam si intra id tempus fecerit, an non exceptio doli stipulatori pœnam petendi obstare debeat, quæsitum est. Ego quin obstet, non dubito: quod et vulgo receptum est, etsi non omnes pariter rem expediunt.

Sed

Sed apparet in prorogatione diei placitum inesse proinde et conventionem, qua placet stipulatori, ut liceat promissori intra prolatum diem opus facere, simul et faciendo, idest, id solvendo liberari. Ex quo exceptionem pacti esse adversus eum, qui contra petat, certum est: proinde et doli. §. *præterea. Instit. de exc.* L. 2. §. *item*, *supr. de dol. exc.* Nam quod dicitur, stipulatorem alterutro contentum esse debere, aut opere, aut pœna; *L. rescriptum*, §. *si pacto*, *supr. de pact.* nihil ad rem pertinet: non enim agimus de eo, qui utrumque consequi velit, sed de eo qui eligat pœnam. Hanc si consequitur, quin hac contentus esse debeat, nemo negat, nisi aliud convenerit. Sed hoc quæritur, an ne hanc quidem consequi possit invito promissore: ac dicimus eum consequi non posse obstante doli exceptione. In quo potius refellimur superiore loco, in quo electio stipulatori tribuitur. Sed prius factum elegit, inquies, cum diem protulit, et ideo postea variare non potest, ut nunc pœnam pe-
16 tat. † Et quomodo dici potest stipulator diem proferendo operis effectionem elegisse cum prius nec factum deberetur, nec esset in solutione, sed sola pœna, quæ commissa erat? Hic vero stipulator non magis factum eligere dicendus est, quam recte dicatur aliud eligere, quam pœnam, si paciscatur, ut aliud promissori solvere liceat. Itaque non magis ad rem facit, quod adducitur ad confirmationem huius sententiæ de lege commissoria, videri nimirum venditorem renunciare huic legi, si hac commissa pretium eligat. *L. pen. supr. de leg. commis.* sic enim declaratur rebus integris esse in eius potestate, utrum petat pretium ex vendito, an vero legem commissoriam exerceat. Id quod potius videri possit ad stipulatorem pro ipso transferri debere, ut quoniam ei opus præstari debet aut pœna, possit is eligere utrum velit. Nam tunc, cum diem potulit, factum elegisse non recte dici potest, cum una pœna, quæ commissa erat, ei deberetur, et electio non cadat, nisi in res plures ante disiunctim debitas. Sed hoc ita est, ut dixi: pœna semel commissa, si dies deinde profertur a stipulatore, non electio facti debitorem liberat per exceptionem, sed stipulatoris conventio, non secus, quam si convenisset, ut quidvis aliud pro pœna liceret solvere.

Ad. §. Cum venderet.

IDem Proculi responsum cum eo, quod ex eodem refertur in *L. prox.* §. *ult. supr.*

Ad L. Si fundum 114.

VIde de hac specie, quæ diximus ad L. *si filiusfamil.* 78. §. *ult. supr.*

Ad L. Ita stipulatus. 115.

Papinianus* lib. II. *Quaestionum.

Ita stipulatus sum; *te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?* Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres: imperfecta erit stipulatio: non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensuræ, stipulatus essem: vel insulam ædificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adiecto nomine. Quod si ab initio id agebatur, ut quocunque die sisteres: et si non stetisses, pecuniam dares, quasi quælibet stipulatio sub conditione concepta, vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.

S U M M A R I A.

1. *Stipulatio hæc, Te sistes Lugduni, cum id actum est, ut certo die sisteres, et tamen per errorem dies in stipulatione omissus est; an valeat.* et n. 5.
2. *In stipulatione omissum quatenus habeatur pro expresso.* et n. 4.
3. *Certum duobus modis intelligitur.*
6. *Stipulatio damni infecti etiam die in ea per errorem omisso valet.*
7. L. de die in pr. supr. Qui sat. cog. *declaratur.*
8. *Regula generalis de die in stipulationibus tam conventionalibus, quam prætoriis omisso.*

 9. *In*

9. *In testamentis si testator diem aut conditionem institutioni vel legato se adiecturum declararit, etsi postea non adiiciat, institutio tamen et legatum valet, et cur non idem in stipulationibus sit receptum.*
10. *Stipulationum comparatio a Papiniano hoc loco instituta, quomodo sit accipienda.*
11. *Stipulatio vini, frumenti, et similis rei, quæ pondere, numero, mensurave constat, sine certæ mensuræ, ponderis, aut numeri adiectione est inutilis; extra quam si paret de certa quantitate actum esse, aut sententia et vi verborum eadem intelligitur. n.* 14.
12. *Stipulatio, Insulam ædificari, non adiecto loco, cur inutilis.*
13. *Stipulatio fundi non adiecto nomine an inutilis.* et *n.* 19.
15. *Stipulatio dotis, quam pater filiæ nomine promittit non demonstrata quantitate, cur valeat.*
16. *Legatum pecuniæ ad viæ certæ tutelam vel refectionem relictæ, certa qualitate non adiecta valet.*
17. *Annuæ pecuniæ, etsi non expressa summa, legatum valet.*
18. *Uxori vino, oleo, frumento, aceto, melle, salsamentis nulla adiecta quantitate relictis, vinum oleum etc. quæ in bonis suis testator habuit, legata videntur.*
20. *Causæ inter alias multas duæ, ob quas imperfecta et utilis est stipulatio.*
21. *In stipulationibus his, Te sistes Lugduni? Si non stiteris, decem dabis? an pariter cum priore posterior pœnalis non valeat non adiecto die quo sisteres, cum de certo adiiciendo convenit, et quæ ratio.*
22. *Stipulatio pœnalis stipulationi insulæ ædificandæ, non demonstrato loco, item stipulatione fundi non adiecto nomine, subiecta an valeat.*
23. *In specie proposita si id actum sit, ut quocunque die promissor sisteret, utraque stipulatio valet.*
24. *Stipulatio pœnalis hæc, Si Lugduni non stiteris, decem dabis? quando committatur.*
25. *Stipulatio omnis sub conditione in non faciendo concepta, quando committatur, distinctio generalis.*
26. *Distinctionis superioris ratio.*
27. *Excipiuntur a priori parte præmissæ distinctionis casus tres.*
28. *A posteriori distinctionis parte casus exceptus.*
29. L. Nuda. C. de contr. stip. *explicatur.*
30. *Ex stipulatione eiusmodi: Pamphilum dari spondes? Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes? an ob Pamphilum non datum pœna statim adversus promissorem iure committatur.*
31. *Pœnali stipulatione an principalis obligatio novetur.* et *n.* 33.
32. *Penu hoc modo legata: Heres meus penum dato, si penum non dederit, centum dato, cur non penus, sed sola centum debeantur.*
34. *Stipulatione posteriore hodie ex constitutione Iustiniani nullis in causis novatio prioris obligationis facta intelligitur, nisi nominatim dictum sit, posteriorem stipulationem novandi animo interponi.*
35. *Pœnali stipulatione commissa utrumque debetur; ac peti potest, pœna scilicet, et quod principali obligatione continetur.*
36. *Pœnali stipulatione commissa, an utrumque simul exigi possit, an vero alterutro stipulator contentus esse debeat.*
37. *Electio in pœnali stipulatione stipulatoris est utrum petat, non promissoris, ut in disiunctivis, utrum solvat.*

Proponitur hoc stipulationis genus, te sistes Lugduni? si non stiteris, decem dabis? in quo ut duæ sunt stipulationes, ita de utraque disserit Papinianus. De priore tractat, an valeat; quia non sit adiectum, quo die sisteres. De posteriore plures sunt quæstiones: quas tunc proponam et exsequar commodius, cum de priore dixero.
1 † De ea ita Papinianus statuit, si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfectam esse stipulationem: id est, nullam seu inutilem. *L. in venditionibus, supr. de contr. empt.* L. *si aliquis, supr. de mor. cau. don.* sic enim accidit in rebus omnibus, quæ certa forma constant, ut in his non prius res non dico valere, sed ne esse quidem incipiat, quam acceperit propriam formam; hæc autem ex consummatione contingit. L. *si is qui*, §. *ult. supr. ad leg. Falc.* Cui sententiæ varii loci opponuntur: quibus ostenditur in summa, si actum sit, ut aliquid adiiciatur vel stipulationi vel legato, et id per errorem omissum sit, aut haberi debere pro adiecto; aut si pro omisso habetur, saltem id quod principaliter gestum est, valere.
2 † Habetur pro expresso, si de re certa actum sit, ut si triticum dari stipulatus sit aliquis, et de tritico certi generis et certæ quantitatis contrahentes senserint, de quibus tamen non sit cautum verbis stipulationis. *L. triticum. supr. eod.* Quidni igitur et habeatur pro expresso dies, quo actum sit, ut sisteres? nam ut certo die sisteres, actum est, ut hic proponitur. Et vero de die idem probandum est, quod de cæteris rebus. Sed cum de re certa, de die certo agi dicimus; † certum duobus 3
modis intelligi potest; vel ut dicatur certum, quod iam nunc certum est, quia designatur conventione in præsentia: vel ut dicatur certum, quod in futurum tale esse volunt contrahentes, cum aliquid sequetur postea; quia tum designabitur, et fiet certum, et in summa, quod destinatione contrahentium certum est. Ut, cum hoc loco dicitur actum esse, ut certo die sisteres, non hoc intelligitur actum esse de die certo, qui nunc designatus sit, quo die postea sisteres; sed actum esse, ut sisteres certo die, sed qui designaretur postea in stipulatione. † Si de re certa ita actum 4
sit, ut intelligatur ea, quæ iam tum, cum de ea agebatur, certo designata est; hæc illa est, quæ in dicta *L. triticum, supr.* habetur pro expressa. Nec dubium est, quin et in die hoc eveniat, ut si quo certo designato actum sit, ut eo die sisteres, is quoque dies pro expresso haberi debeat, etsi postea in stipulatione per errorem sit omissus. Quod si de re ita agetur, ut designetur postea in stipulatione; si id factum non est, etiam ibidem traditum est in extre-

tremo inutilem esse aliis quoque in rebus
5 stipulationem. † Id vero ipsum et de die omisso, quo actum erat, ut sisteres, hoc loco a Papiniano confirmatur: ut nihil sit his locis inter se magis consentiens. Et merito hoc die non expresso stipulatio est inutilis: nam sistere se nisi aliquo certo die per rerum naturam nemo potest: quo autem die se sistat ex stipulatione non habet, qui in certum aliquem diem non consensit. Sed nec stipulator ante agere potest, quam præterierit is dies, quo se promissor sistere debuit. At is dies nullus est: certe non is, de quo recte possit dicere promissor se de eo non sensisse. Contra quam si affirmet stipulator, ipsum probare oportet: quod nunquam facere poterit. Ita inutilis est stipulatio, cuius et præstatio promissori est impossibilis, et petitio stipulatori pro-
6 cedere non potest. † Imo etsi dies ex futura designatione pendeat: tamen proferuntur stipulationes quædam, quæ et hoc die omisso nihilominus putentur valere. In hoc numero est stipulatio damni infecti, qua stipulamur a vicino domino ruinosarum ædium, quod damni nobis datum erit, si ædes ruant. Nam de die huius stipulationis ita scriptum est in *L. si finita, in pr. supr.* de damn. inf. *si sine adiectione diei stipulatio fuerit interposita; siquidem consulto et ex conventione dies omissus sit, quandocunque fuerit commissa, ex stipulatione semper agi posse: si vero per errorem, magis esse illud dicendum, finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a Prætore ut liberetur.* Profertur etiam in hoc genere ipsa iudicio sistendi stipulatio; quoniam de ea ita scriptum est in L. *de die, supr.* qui sat. cog. *de die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire; si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse moderato spatio de hoc a Iudice statuendo.* Sed nihil hæc ad rem pertinet. Nam ut de singulis respondeam ordine, an non observamus primum in stipulatione damni infecti agi de die, non ex quo obligatio incipiat, et ex quo agi possit: sed de eo, ad quem usque possit agi, seu in quem obligatio alioqui pure contracta finiatur? ait enim Ulpianus, *finito die in quem alioquin caveri solet*, idest, ad quem usque duret obligatio, et post quem non teneatur amplius promissor, *desiderandum esse a Prætore*, non ut stipulatori agere liceat, ut hic quærimus, sed *ut promissor liberetur.* Hoc intellecto, ne putemus, quod dicitur eo die per errorem omisso, nihilominus stipulationem valere, et huius diei æstimationem Prætori committi; id quidquam obstare huic loco sive stipulationem sistendi caussa hic interpositam interpretemur esse conventionalem tantum, sive esse prætoriam, ut est, tunc, cum iudicio sistendi caussa interponitur. *L. 1. vers. communes, infr. de præt. stip.* Hic enim agimus de eo die adiiciendo, ex quo incipiat, non autem ad quem, cum semel cœperit, duret obligatio: volumus enim eum diem adiici, quo sistat promissor, et ex quo nisi sistat, pecunia ab eo exigatur. Uter ex his diebus omittatur, ad vim stipulationis multum in omnes partes interest; ut profecto nihil hæ species inter se habeant commune. Nam cum is dies est, ex quo obligatio contrahi debuit; si is per errorem omittitur, iam a principio non contrahitur obligatio; ac nec potest, cum agi ex stipulatione non possit: non enim potest agi, nisi aliquo die: is autem nullus est, cum sit omissus, et id actum sit, ne alio die quid fieret, quam qui communi consensu designaretur in stipulatione. At cum obligatio sine die ab initio contrahitur, verum id agitur, ne sit perpetua, sed constituatur usque ad diem, post quem finiatur: tantum abest, ut hic omissus obstet stipulationi, quæ iam ante recte contracta est, ut potius eius omissio perpetuam stipulationem faciat, quæ die adiecto potuisset finiri saltem per exceptionem. *L. obligationum fere, vers. placet, supr. prox. tit.* Itaque non est dubitatum unquam, quin eiusmodi stipulatio valeat, sitque ex ea actio stipulatori; sed quæritur de promissore, an huic succurri debeat, ne diutius teneatur, quam æquum est, et quis huic rei statuat modum: placetque ei succurrendum, et Prætorem finito eo die, in quem caveri solet, curatu-
rum, ut liberetur. † Quod autem attinet 7
ad *L. de die, supr. qui sat. cog.* quid est ineptius, quam non tantum eum locum pro contrario citare, sed etiam vehementer sudare in eo conciliando, quem appareat non in dissimili tantum, sed etiam in contraria specie versari? Aperte enim illic agitur de die ponenda in stipulatione iudicio sisti. Ergo de stipulatione nondum contracta, sed de contrahenda; in qua, cum vellent contrahentes diem adiici, quo reus se iudicio sisteret, neque inter eos de ea conveniret; quærebatur, ex cuius voluntate de eo statuendum esset a Prætore, stipulatorisne, an rei. Ex quo licuit tria hæc perspicere: primum non posse dici illic in stipulatione diem esse omissum, ubi stipulatio adhuc nulla esset: deinde multo minus diem videri debere esse omissum per errorem, ubi videamus contrahentes sedulo id dare operam,

ram, ut is dies adiiciatur; et de eo contendere; postremo utraque de caussa non posse dici illic stipulationem esse inutilem, cum nondum ulla esset interposita, et in ea non esset dies omissus, cuius omissio vitiare posset stipulationem. Quid autem hoc loco? contraria omnia in stipulatione. Agitur enim de ea, et quæ erat interposita, et interposita omisso die, qui in ea adiici debuit, et quam ob id imperfectam esse
8 recte dicimus. † Nihil igitur verius, quam in stipulationibus diem omissum efficere, ut sit inutilis stipulatio, si cum convenisset, ut certo die, qui postea designaretur in stipulatione, promissor quid faceret, is dies in stipulatione per errorem sit omissus. Parumque retulerit, utrum conventionalis sit stipulatio, ut Lugduni sistes; an prætoria, ut iudicio sistes? quæcunque enim stipulatio futura est, non potest valere sine consensu: non est autem consensus in die, quo sistere promissor debeat, si dies
9 per errorem omissus est. † Aliud placuit in supremis voluntatibus. Nam si testator diem aut conditionem, aut aliquod aliud temperamentum institutioni vel legato adiicere constituerit, quod et se velle aliqua parte testamenti declararit: si id postea non adiiciat, nihilominus et institutio et legatum valet: veluti, si ita scripserit, ille heres esto secundum conditiones infrascriptas. *L. pen. C. de inst. et subst.* Aut si hoc modo, illos vicos do lego secundum eos fines, quos postea significabo; et morte præventus nullos fines significaverit. *L. cum pater*, *§. ult. supr. de leg.* 2. Cur ergo in stipulationibus non idem admittimus? quia alius sensus est contrahentium his omissis: alius testatoris, cum prius ambo de illis adiiciendis cogitassent. Testator, cum hæc non adiicit, non per errorem omittere intelligitur, sed quia noluit, seu quia adiiciendi propositum remisit: potuit enim adiicere si vellet. Non adiecit; noluit igitur. Idque eo magis existimandum est, quod testantis interest, certe ad iudicium eius pertinet institutionem et legatum aliquo modo valere potius, quam nullo. Itaque etiam hoc modo in re dubia voluntas accipitur, ne legatum intercidat. L. *cogi*, 1. *resp. supr. ad Treb.* arg. *L. in testamentis*, *infr. de reg. iur.* Non sic mens est contrahentium, ut cum initio de die adiiciendo, quo promissor se sisteret, inter eos convenisset, hoc in stipulatione omisso existimandi sint eum omisisse mutuo consensu, ac non per errorem: quoniam ipsorum interest diem non remitti. Stipulatoris quidem, ut eum diem habeat, de quo cogitavit ad conveniendi rei, aut cum eo agendi commoditatem: promissoris autem, ne secum agi possit, si nullius dies certus stipulatione fuerit constitutus.

† *Non secus, ac si quod pondere*) Ne 10
quis comparationem hanc sic accipiat, quasi quæ subiiciuntur stipulationes tres priori similes sint, quasique earum argumento Papinianus utatur ad priorem sententiam confirmandam de die omisso. Solum huc spectat comparatio, ut ostendatur propositam stipulationem die per errorem omisso non magis valere, quam quæ subiiciuntur, quas tamen non valere inter omnes convenit: cæterum re ipsa valde sunt dissimiles, nec similibus de caussis posteriores istæ improbantur. Dissimilitudo in re hæc manifesta est, quod quæ subiiciuntur, in totum non valent, sive ea, quæ ad vim stipulationis pertinentia in his omittuntur, consulto omissa sint, sive per errorem: cum hæc stipulatio, Lugduni te sistes? ita demum die omisso imperfecta sit, si dies per errorem fuerit omissus. Qua eadem ex re intelligi potest longe diversis de caussis hæc ipsa genera improbari: alioqui futurum erat, ut iisdem causis obstantibus æque et proposita stipulatio die omisso reiiceretur sine exceptione. Et res ita habet: stipulatio hæc, te sistes Lugduni? ideo die omisso inutilis est, quia deest consensus in re ad præstationem rei promissæ necessaria. Ideo si dies omissus sit consulto, dum id agitur, ut quocumque die sisteres, placet stipulationem valere, nimirum propter consensum. Quæ autem subiiciuntur stipulationes, cum non valeant, etsi in his quantitas, locus, fundi nomen consulto adiecta non sint, apparet omnino non reiici eas, quia non sit in eam omissionem consensum, sed quia aliquid aliud obstet stipulationi. Obstat vero inutilitas præstationis, quæ superioribus rebus omissis statuitur stipulatione: cum scilicet res aliquæ ita promittuntur, ut pro ea potestate quæ verbis stipulationis promissori tribuitur, res propemodum nullæ sint, certæ sint tales, quas non expediat stipulatori ita præstari, ut sunt promissæ. Quod in his tribus stipulationum generibus
accidit, quæ sequuntur. † Nam primum 11
quæ pondere, numero, mensura constant, ut aurum infectum, pecunia numerata, triticum, vinum, et his similia, eiusmodi sunt, ut his sine ponderis, numeri mensuræ adiectione promissis, possit quidem ex ea stipulatione aliqua esse præstatio; sed tamen ea quantitate, ut præstatio ipsa sit inutilis, ac propemodum ridicula. Stipulatus sum a te aurum dari: liceat tibi da-

dare vel aciculæ, aut scrupuli pondus. Pecuniam numeratam dari: vel unum obulum dando libereris. Triticum dari: si vel unum granum dederis, satisfit stipulationi. Vinum dari: cyathi mensuram si dederis, vinum dedisti. Quæ præstationes etsi sunt per se inutiles, magis tamen nescio quomodo ridiculæ videntur. arg. *in* L. *si do-*
12 *mus*, *supra*, *de leg.* 1. † Si quis stipuletur insulam ædificari non adiecto loco, hæc quoque inutilis stipulatio est. *L. qui insulam*, *supra*, *L.* 2. §. *si quis*, *supra*, *de eo quod cer. lo.* quia ex hac stipulatione licet promissori ædificare insulam etiam in alieno solo: hoc autem stipulatori inutile: quod enim in alieno ædificatur, id domino soli acquiritur, non stipulatori. *L. adeo*, §. *ex diverso*; *supra*, *de acquir. rer. dom.* Et hoc est, quod dicitur in dicta. *L. qui insulam*, *supr.* eum, qui insulam fieri stipulatur, ita demum sibi acquirere obligationem, si et appareat quo loco insulam fieri voluerit, et præterea ibi insulam fieri intersit eius. Sic eius interest, si vel stipuletur fieri in suo, vel in alieno quidem, sed ubi ipse prius insulam faciendam promiserat, aut conduxerat. *L. stipulatio ista*, §. *si quis*
13 *insulam*, *supr. eod.* † Fundi quoque stipulatio non adiecto nomine inutilis, ut et traditum est in *L. cum post*, §. *gener*, *supr. de iur. dot.* quia ut ibidem scriptum est, hoc verbo promittitur corpus ignotum, id est, id, quod aut nullum sit, aut quod si præstetur arbitrio promissoris, ut præstari debet, ad minimum pretium, vel potius nullum redigatur: fundi enim non natura, sed destinatione cuiusque constituuntur. L. *quod in rerum*, §. *ult. supr. de leg.* 1. ut dicendum sit, si quis pedem terræ pro fundo sibi habeat, hunc pro fundo futurum. Atqui huiusmodi aliquem fundum dare, et præsertim si longius aberit, derisorium magis est, et onerosum, quam utile. Eademque caussa est promissæ domus; eadem et legatæ, ubi testator domum legans nullam habuit. dicta *L. si domus*, *supr. de legat.* 1. Ergo in his aut res nulla promittitur, aut eiusmodi est, quam dari aut fieri stipulatoris nihil intersit. Atque utraque de caussa recte statuitur stipulationem non valere: nam et sine re quæ interveniat, nulla consistit obligatio. *Instit. de inut. stip. in pr. L. nec emptio*, *infr. de cont. empt.* et quidvis promitti nihil prosit, si id dari aut fieri stipulantis non interest. L. *stipulatio ista*, §. *alteri supr.* Incidunt tamen circa has species stipulationum quædam quæ possint videri contraria, nisi ca-
14 vemus; ideo paucis explicanda sunt. † Præcipue autem in iis quæ pondere, numero, mensura continentur. Nam et triticum sine certa quantitate promissum proponitur in L. *triticum*, *supra*, *eod.* placetque valere stipulationem, si de certo cogitatum sit: et pecuniam non raro sine adiectione numeri et promitti recte et legari legimus. Quod accidit in his caussis: cum pater filiæ nomine promittit dotem non demonstrata quantitate *L. cum post*, §. *gener*, *supra*, *de iur. dot.* cum pecunia legatur ad tutelam vel refectionem certæ viæ. *L. quidam*, *sup. de leg.* 2. cum legatur alicui pecunia annua. *L. si cui*, *supr. de an. leg.* Non sunt vero hæc contraria; sed commode ostendunt, quid in definitione huius loci cavere, et quomodo eam interpretari debeamus. Si quod pondere, numero mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensuræ promissum sit, imperfecta stipulatio est, inquit Papinianus. Nihil verius: sed in eo hæ sunt cautiones. Primum id ita interpretandum est, si hæc plane adiecta non sint, ut nusquam de his probetur actum esse, id est, neque stipulatione, neque extrinsecus alia conventione ad stipulationem pertinente. Nam si prius de quantitate earum rerum, quæ in stipulationem deducuntur, actum erit, satis est. Id efficitur. L. *triticum*, *supra*, *eod.* Quod enim ibi de stipulatione tritici dictum est, ad omnem eius generis stipulationem debet referri. Sed etsi neque verbis stipulationis, neque alia conventione aperte cautum sit de quantitate: tamen satis hæc adiecta erit, si sententia et vi verborum intelligetur. Intelligetur autem, si pecunia nominatim promittetur alicuius rei caussa, seu ad aliquid faciendum, cuius rei aut facti æstimatio certam habeat quantitatem: parum enim interest, utrum nominetur aliqua summa, an alterius rei certæ demonstratione designetur. *L. ait Prætor*, §. 1. L. *in sententiis. supr. de re iud. L.* 2. *C. de sent. quæsi. cer. quan. prof.* Id observabimus usu venire in iis caussis tribus,
quas supra posui. † Primum accidit in sti- 15
pulatione dotis, quam pater promittit nomine filiæ. Hic enim non simpliciter pecunia aut res promittitur, sed dotis caussa, et promittitur a patre, cuius officium in dotanda filia certam facit rei promissæ æstimationem; est enim hoc officium patris collocare et dotare filiam. *L. capite*, *supr. de rit. nupt. L. ult.* §. *utramque C. de dot. promis.* idque pro modo facultatum patris, et dignitate mariti: qui modus et in alimentis constituitur, cum agitur de alendis liberis. *L. si quis a liberis*, §. *si quis ex his*, *supr. de ag. lib.* Quo fit, ut promissa dote

te a patre, eadem et hic quantitas quasi officio certo patris inclusa accipiatur. *d. L. cum post*, §. *gener. de iur. dot.* Idcirco alius si simpliciter dotem promittat, quam pater, scriptum est nulla summa expressa, neque ea re adiecta, unde summa intelligeretur nullam esse promissionem. *L. 1. C.*
16 *de dot. prom.* † Eadem ratio eius legati, cum pecunia legatur ad viæ alicuius tutelam, vel refectionem. His enim verbis hoc continetur, quod necesse erit, seu quod sufficiet ad refectionem. *d. L. quidam*, *supr. de leg.* 2. hoc autem certum: quod et ex præsente statu viæ, et ex rebus et mercedibus operarum ad eam rem necessariis facile intelligetur. Ideo placuit et tantum hic deberi, si modo testatoris facultates ferant. Sin minus, secundum æstimationem patrimonii et legati quantitatem definiendam.
17 † Non minus et hoc legatum certam quantitatem in se inclusam habet, cum relinquitur aliquid annuum, etsi non expressa summa: cum enim relinquatur ad victum legatarii (unde et legato intelligitur hæc inesse conditio, si vivat. *L. 4. supr. de an. leg.*) tantum et hic intelligitur legari, quantum ad victum sufficiat legatario: quod et ipsum certum est: æstimatur enim pro personæ legatarii dignitate. Ideo et tatumdem legatum videri placuit. *d. L. si cui*, *de an. leg.* cum hac exceptione tamen, nisi testator certi aliquid annui nomine consuevisset vivus legatario præstare. Id enim potius relictum videri; interpretatione voluntatis ex consuetudine testatoris ducta, quam in primis spectandam esse præcipitur. *L. si ser-*
18 *vus plurium*, §. *ult. supr. de leg.* 1. Quid tamen dicemus, quod et hoc legatum valet, cum testator damnavit heredem suum dare uxori suæ vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta, nulla adiecta vini, olei, frumenti, aceti, mellis quantitate? *L. quidam*, *supr. de trit. vi. vel ol. leg.* Sed et hoc legatum certum est: sic enim accipitur, quasi testator legaverit vinum suum, oleum suum, et cætera sua, ne alioqui inutile sit legatum. arg. *L. si domus*, *supr. de leg.* 1. hoc autem certum, quantum ex eo genere testator habeat in bonis. Hæc de stipulatione earum rerum, quæ pondere, numero, mensura continentur, ubi promittuntur hæc sine adiectione
19 quantitatis. † Habet et stipulatio fundi dubitationem, cum hanc non adiecto fundi nomine nullius momenti esse dicimus. Nam stipulationem hominis generaliter promissi valere constat, ut et legatum hominis. L. *ubi autem*, *supr. eod.* cur non ergo et fundi? Quia quæ genera plures res sibi subiectas habent inter se similes, unaque substantia et compositione corporis constantes, hæc nunquam promittuntur sine fructu: qualis est homo. Nam cum huic generi subiecti homines omnes una substantia, et iisdem partibus corporis constent: nulla est species ex eo genere, quæ suam utilitatem non habeat. Nam eadem caussa est eorum generum, quæ aut rebus constant maxime diversis, ut animal; aut constant rebus non natura, sed cuiusque destinatione consistentibus: qualis est fundus, aut domus. Cum enim ex his plerasque aut natura rerum, aut hominum destinatio faciat stipulatori inutiles, et tamen has ex conditione stipulationis promissori liceat præstare: non potest, quin præstatio inutilis inutilem quoque reddat stipulationem. Nec ad rem pertinet, quod potest promissor ex eo genere utiles res dare: pro non dicto est enim, quod dare nisi velit, cogi non possit. L. *sub hac*, *supr. prox. tit.* At etiam fundi ipsius, de quo hic agimus, stipulationem, quamvis non adiecto nomine valere, verendum est, ne quibusdam ex locis colligatur. Nam in *L. qui ex pluribus*, *supr. eod.* proponitur ex pluribus fundis, quibus nomen idem erat, puta ex pluribus Tusculanis, unus in stipulationem deductus esse sine ulla nota demonstrationis: et stipulationem valere placet, ut cogatur promissor vel unum dare, tametsi eum possit, quem velit. Sed qui ex tribus fundis Tusculanis, de quibus inter stipulantem et promittentem conveniebat, unum quamvis indefinite stipulatur, satis et hunc quicunque dabitur postea, nominat. Prius enim fundi omnes nominantur suo nomine nempe Tusculani: sed non adiicitur certa nota demonstrationis; nempe ea, qua unus certus discernatur ab aliis: non tamen hoc facit, quominus si quis detur postea, etiam hic adiecto nomine promissus fuerit. Idem probandum est, etsi quis stipuletur unum fundum ex iis, quos promissor habet: nam hæc verba quos promissor habet, demonstrationem habent fundorum: quæ demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum*, *sup. si cert. pet.* Sed longius itum est. Nam etsi quis fundum unum stipuletur sine propria appellatione, significatur in *L. ubi*, *supr. eod.* stipulationem valere. Cum enim propositum esset stipulationum quasdam certas esse, quasdam incertas, et exempla quærerentur: inter cætera exempla stipulationum incertarum hoc primum illic ponitur, si quis fundum stipuletur sine propria appellatione. Etsi igitur tantum dicitur eum, qui id stipulatur, incertum, deducere in sti-

stipulationem, nec adiicitur stipulationem valere, tamen hoc posterius intelligitur satis ex propositione: de utilibus enim stipulationibus quæstio est, non de inutilibus, ut intelligatur genus actionis; cum ex certis sit condictio certi, ex incertis actio ex stipulatu. Ad quod explicandum plane inutile sit subiicere exemplum eius stipulationis, quæ etsi incerta sit, tamen non valeat, nec pariat aut hanc, aut illam actionem. Quod et verum est, neque est tamen huic loco contrarium. Non valet fundi stipulatio nomine fundi non adiecto; at non adiecto proprio nomine seu propria appellatione interdum valet. Non adiicitur nomen, cum nullo modo adiicitur: quod fit, cum unus fundus promittitur non adiecto nomine. Hanc stipulationem non valere hic scriptum est. At dici potest non adiici propria appellatio, etiam cum adiicitur fundi nomen, quod accidit, cum ex pluribus, qui omnes appellantur Tusculani, unum incertum stipulamur. Hic enim Tusculani nomen et appellationem adiicimus: sed non propriam appellationem, idest, non eam, quæ sit propria eius fundi, quem volumus, et qua is discernatur ab illis: hoc vero modo stipulationem valere paulo ante diximus. Quid, si promissor, qui fundum simpliciter promisit non adiecto nomine, fundos habeat; an non tunc saltem valebit stipulatio, ut debeatur unus fundus ex his, quos promissor habuit? Et putem deberi, si legatus esset, et fundos haberet testator. Hoc enim de domo legata responsum est in *L. si domus, supr. de leg.* 1. Sed hoc ad stipulationem transferri non debet: nihil enim ex stipulatione potest deberi, nisi quod in stipulatum palam deductum sit; *L. quidquid, supr. eod.* aut certe de quo actum esse ostendatur. *L. eum qui Calendis, supr. eod.* In testamentis autem plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, infr. de reg. iur.* cui consentaneum est, ut si quid ad voluntatem servandam facit, id sumi debeat, quasi et de eo testator senserit, si voluntas non refragetur; cum in stipulationibus verba semper contra stipulatorem interpretemur, cuius in potestate fuit verba aperte concipere. *d. L. quidquid, supr.* Sed et testator, cum rem aliquam generaliter legat, ideo existimandus est de suis rebus sensisse, quia ita loqui consuevit, ut cum vellet aliquid dari, aut sumi de suis intelligeret, non de alienis, et consuetudo testatoris in interpretatione voluntatis testatoris ante omnia spectanda et retinenda est. *L. si servus plurium. §. ult. supr. de leg.* 1.

† Ex his sic summam colligemus: inter 20
alias multas duabus his de caussis imperfectam et inutilem esse stipulationem. Primum si per errorem omissum sit in stipulatione, de quo actum erat, ut insereretur, si quidem sine eo dari non potest id, quod promissum est. Deinde, si quid generaliter et indefinite promissum sit, et ea sit rerum ei generi subiectarum varietas et conditio, ut aliqua ex iis dari possit, quæ nullam afferat stipulatori utilitatem.

† Hæc de priore stipulatione dicta sunt. 21
De posteriore pœnali duæ sunt hoc loco summæ quæstiones. Una, an et ipsa pariter non valeat non adiecto die, quo sisteres, cum de certo adiiciendo convenisset. Altera, si valet, quando committatur. Sunt et aliæ quæstiones de stipulatione pœnali, quas et in extremo Papinianus expedire videtur: sed obiter tantum, non ex professo: de quibus illic dicemus. Sed prima quæstio illa est, qua non expedita cæteræ sunt supervacuæ, an et hic stipulatio pœnalis non valeat itidem, ut illa faciendi, Lugduni sistes. Et Papinianus in principio de utraque simul complexus hanc quoque pœnalem satis inutilem esse significat, cum ait indistincte, *imperfecta erit stipulatio*, quod et colligitur ex verbis sequentibus. Cum enim ait, si actum sit, ut quocunque die sisteres, stipulationem vires habere, quasi quamlibet stipulationem sub conditione conceptam; non possunt hæc verba intelligi, nisi de stipulatione pœnali, quæ sola ex duabus propositis sub conditione concepta est. Qui hanc utilem esse dicit addita nominatim hac conditione, *si id actum sit, ut quocunque die sisteres*, ut hic Papinianus scribit; perspicue declarat, si id actum non sit, eandem illam stipulationem inutilem videri. Quoniam autem secundum verba hic videtur pœnalis stipulationis conditio extitisse, ac priori stipulatione dandi faciendive inutili constituta non semper accidit, ut propterea stipulatio pœnalis intercidat: *L. stipulatio ista, §. alteri, supr. eod.* Res postulat, ut quæratur, cur hic potius una cum priore putetur etiam non valere stipulatio pœnalis. Et hæc ratio est in promptu, quod pœna rei impossibilis non committatur. *L. si homo. supr.* nam hic id agebatur, ut promissor certo die sisteret, qui dies postea designaretur stipulatione: eo vere die per rerum naturam sistere promissor non potuit, cum is dies nullus esset, utpote omissus per errorem a contrahentibus. Sed et illud sine hæsitatione dici posse videtur, ideo in proposito non committi stipulationem pœna-

nalem, quia non possit unquam dici eius conditionem extitisse: quippe hæc erat conditio ex sententia contrahentium, si promissor non stitisset certo die, quem ipsi postea constituissent: hic cum nullus constitutus sit, absurdum est dici promissorem
22 eo die non stitisse. † Sed an eodem modo dicemus pœnalem stipulationem esse inutilem in cæteris caussis, quas commemorat Papinianus, et de quibus supra diximus? Utputa stipulatus sum insulam ædificari non demonstrato loco; et si non ædificasses, pœnam. Item, fundum dari non adiecto nomine; et si non dedisses, pœnam. An ne hic quidem pœnæ stipulatio valebit, quemadmodum insulæ ædificandæ, et fundi stipulationem non valere constat? nam Papinianus in his solum principales stipulationes recenset, quas et imperfectas esse ait: cæterum de pœnali stipulatione his subiecta nihil dicit; sed nec quidquam etiam adiicit, unde intelligamus hoc eum sentire eam quoque stipulationem illis subiectam pariter esse inutilem. Et puto non minus esse inutilem: quia hic nullus sit fundus, locusve de quo convenerit, ut dici possit eum fundum datum non esse, aut insulam in eo loco non ædificatam; atque ita pœnam esse commissam. Nam si utilem aliquem fundum aut locum stipulator constitui volet, recte dicetur nec promissorem de eo sensisse, nec stipulationis verbis de eo obligatum esse. Quod si promissor inutilem offerret, quod ex stipulationis conditione facere potest: hic vero constat nec de eo videri sensisse stipulatorem, et quamvis sensisset, tamen stipulationem esse inutilem in ea re, quam dari aut fieri nihil eius interest; ut proinde nec pœna committi possit eius rei non solutæ nomine, quæ res ante non debebatur.

23 † *Quod si ab initio id agebatur.*) Quemadmodum in specie initio proposita et stipulatio ipsa faciendi, et pœnalis huic subiecta, utraque pariter est inutilis, si cum de die certo adiiciendo actum esset, dies omissus sit per errorem: ita contra utramque valere ait Papinianus, si id actum sit, ut quocumque die promissor sisteret. Valebit igitur in hac conventione hæc stipulatio, Si non stiteris, quinquaginta aureos
24 dare spondes? † Quo posito sequens quæstio est, quando committatur. Quod ipse deinceps ita ostendit, ut simul hinc occasione data tractet de universo genere earum stipulationum, quæ sub conditione in non faciendo concepta contractæ sunt, quando omnes committantur. In quo nihil aliud quæri intelligitur, quam quando videantur existere eiusmodi conditiones. Nec quidquam aliud deinceps ex professo agit toto hoc responso Papinianus. Sunt tamen præter hæc, ut dixi, quædam, quæ de stipulatione pœnali inter disserendum definit, *in vers. extremo*: quæ ad vim stipulationis pœnalis iam commissæ pertinent. Ea qualia sint, illic videbimus. Nunc quod instat de eo ita statuit, pœnalem stipulationem hanc, Si Lugduni non stiteris, decem dabis? non statim tunc committi, cum promissor sistere se potuit, neque fecit, sed tunc solum cum certum esse cœperit illum sisti non posse. † Et quoniam, ut 25
dixi, per hanc occasionem ingreditur illam tractationem, an idem dicendum sit in omni stipulatione, quæ conditionem habeat in non faciendo positam: in eo hanc distinctionem tradit. Docet interesse, utrum stipulatio, quæ huiusmodi conditionem habet, sit una et ea, quæ a conditione incipiat, hoc modo, si Pamphilum non dederis, centum dabis? an vero alteram habeat stipulationem præcedentem, qua stipuler hunc ipsum Pamphilum mihi dari, ut sic deinde subiiciatur pœnæ stipulatio sub contraria conditione, hoc modo; si Pamphilum non dederis, centum dabis? Si stipulatio a conditione incipiat, declarat in *vers. sed et si ita*, et in ver. *item si quis ita*, stipulationem non prius committi, quam certum esse cœperit conditionem amplius exsistere non posse. Non adiecit, quamobrem hoc ita probet: sed non obscura ratione defenditur. Cum enim ita dicitur, si Pamphilum non dederis, centum dabis? non hoc dicitur, si uno aliquo die non dederis. Sed si non dederis omnibus diebus, quibus potes. Et quamvis verum sit eum non dedisse, qui hodie non dedit; non tamen immutabiliter verum est eum non dedisse: quia qui hodie non dedit, postea poterit dare, et ita dando efficere, ut verum non sit Pamphilum datum non fuisse. Utrumque cum verba admittant, et posterius sit pro promissore, nempe id sequendum est ex regulis iuris notis: de quo dictum est ad *L. quidquid*, §. *ult. sup.* Quod si duæ erunt stipulationes hoc modo, Pamphilum dabis? si Pamphilum non dederis, centum dabis? admittit Papinianus in hoc genere Sabini sententiam, ut postquam homo potuit dari, si per promissorem factum sit, quominus daret, quod ita fit, si interpellatus non dedit, confestim committatur stipulatio, et confestim agi possit: quod facit in illis verbis, *itaque potest Sabini sententia recipi.* Sed cur hoc dissimiliter recipitur in hac specie, atque in priore, cum

cum utrobique sit conditio eadem? nam ne hac quoque in parte huius distinctionis
26 rationem Papinianus exposuit. † Differentiæ ratio est, quod cum a conditione incipit stipulatio, nihil est, unde sententiam contrahentium, qua nitebatur Sabinus, colligamus, præter verba ipsa conditionis. Hæc autem unam eam sententiam habent, quam paulo ante ostendi, quo fit, ut hanc quoque sequamur. At cum præcedit hæc stipulatio, Pamphilum dabis, ex hac quid contrahentes posteriore stipulatione senserint, nullo negotio intelligitur. Cum enim ita stipulor, Pamphilum dabis? id agitur, ut quocunque die petenti mihi des, vis hæc est puræ stipulationis. §. *omnis*, *Inst. eod.* L. *si decem*, *supr. eod.* Quare cum ita subiicitur, quod si Pamphilum non dederis, centum dabis? his verbis, si Pamphilum non dederis, intelligitur hoc dici, si non dederis, ut ex præcedente stipulatione te dare convenit: pœnalis enim stipulatio subiicitur prioris confirmandæ caussa, id est, quo magis fiat, quod prius promissum est, et uti promissum est arg. *in* §. *ult. Inst. de leg.* At est, dicet aliquis, in posteriore hac stipulatione eadem conditio, quæ foret nulla alia stipulatione præcedente. Est: sed cum de sententia constat contrahentium, non quid dixerint, sed quid senserint, id est, quid actum sit, spectandum est. *L. eum*, *qui Calendis*, *supr. eod.* Sabinus tamen putabat sive una esset stipulatio, sive duæ, semper stipulationem, quæ conditionem haberet in non faciendo conceptam, committi simul atque dari aut fieri potuisset, quod erat in conditione, et per promissorem stetisset, quominus daret aut faceret: quasi hæc esset videlicet in omnibus sententia contrahentium. Idque defendebat exemplo penus legatæ. Nam si testator ita scripserit, heres meus penum dato; si penum non dederit, decem dato; omnes admittunt, simulatque heres interpellatus penum non dedit, cum posset, decem deberi, et peti posse. L. 1. §. *item si ita*, *supr. ad leg. Fal. L. si penum*, *infra quan. die. leg. ce.* Idque receptum est ob defuncti voluntatem, et quia natura penus, quæ facile tempore corrumpi potest, longiorem dilationem in præstando non ferret. Hæc de Sabini sententia in vers. *Sabinus autem.* Papinianus argumentum concedens hoc ipso exemplo fatetur idem et in stipulatione recte admitti posse de sententia contrahentium; sed hac lege, dum exemplum congruat, id est, dum fiat in stipulatione, quod fit in exemplo superiore: quod accidit, cum stipulatio pœnalis incipit a præcedente stipulatione: nam et in exemplo, quod Sabinus vult intelligi, duo sunt legata, unum, quo primo legatur penus, alterum, quo deinde legantur decem, si penus data non esset. Quod si una tantum erit stipulatio, veluti si Pamphilum non dederis, decem dabis? eodem exemplo legatæ penus probandum est non prius committi stipulationem, quam declaratum fuerit conditionem existere non posse. At quamobrem? non enim explicat Papinianus. Quoniam et si decem legata essent, si penus data non esset, nec prius esset penus legata, non prius decem deberentur, quam si certum esset penum ab herede nec datam esse, nec amplius dari posse; sive quod penus interiisset, sive quod heres iam decessisset. Nam verba hanc sententiam admittunt, nec vero legatum penus præcedit, ex quo de voluntate testatoris aliud possit colligi: proinde in re dubia verbis standum est *L. non aliter*, *supr. de leg.* 3. Atque hæc, ut dixi, Papiniani distinctio et sententia est de hoc genere stipulationum, Si non stiteris, Si Pamphilum non dederis, decem dabis? quando committantur. Quæ tamen distinctio sic accipi debet in utramque partem, nisi quid aliud aperte doceatur de voluntate contrahentium aut testatoris: qua ex re accidit, ut utraque pars distinctionis reperiatur non esse perpetua. † Ac prius illud, quod di- 27
citur, cum stipulatio huius generis una est, aut legatum unum, non ante stipulationem committi, aut legatum deberi, quam certum esse cœperit conditionem impleri non posse, in his caussis tribus locum non habet. Una est, cum duo fundum eundem stipulati sunt separatim sub hac conditione, si promissor eum alteri ex stipulatoribus non daret. In qua specie placet stipulationem committi, simul atque promissor ab uno interpellatus alteri dare potuit eum fundum, neque dedit. L. *si Titius*, 9. *supr.* Voluntatis coniectura ex eo manifesta, quod aliter interpretantibus futurum fuerit, ut stipulatio sit inutilis, ut exposuimus ad *d. L.* 9. Altera est caussa, cum fideiussor ita aceptus est, ut promitteret, quod reus debet, si ille non solvisset. Placet enim hic quoque simul atque reus appellatus non solvisset, fideiussorem teneri. *L. fideiussor*, §. *ult. infr. de fid.* ubi et ratio redditur, *quia verisimile sit id actum esse.* Et recte: etsi enim fideiussoris obligatio, si per se sola spectetur, a conditione incipit; re vera tamen incipit a præcedente stipulatione rei principalis, a qua et pendet, ut accessio. §. *fideiussores*, *Inst. de*

de fid. unde et in fideiussoris obligatione semper inest tacite hæc conditio, si reus principalis non solverit eo modo, quo illum dare facere oportuit. Porro quod debuit reus principalis pure, idem et statim debuit. Quo fit, ut fideiussor idem promittens, si ille non solvisset, hoc ipsum ex natura obligationis dicere intelligatur, si ille interpellatus statim non solvisset. Tertia caussa est libertatis hoc modo relictæ, Stichus si Capitolium non ascenderit, liber esto: quam scripturam ita placuit accipiendam esse, si cum primum potuerit, Capitolium non ascenderit; ut cum id factum est, statim perveniat Stichus ad libertatem. L. *libertas, supr. de manum. test.* non utique favore libertatis; sed quia aliter conditionem accipientibus nullius momenti esset datio libertatis, quæ vivo contingere non posset *d. L. libertas in princ. et* L. *ult. de man. test.* Hoc autem aperte voluntati defuncti refragatur, qui si nollet libertatem competere, non dedisset.

28 † Ex contrario quod dicitur, cum duæ sunt stipulationes, posteriorem pœnalem tunc committi, cum promissor interpellatus non dedit, aut fecit, quod erat in conditione, et quod prius se daturum aut facturum promiserat, verum non est in specie hoc loco proposita: in qua cum duæ sint stipulationes, te Lugduni sistes; et si non stiteris, quinquaginta aureos dabis? tamen Papinianus supra respondit pœnam non ante committi, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse: nempe ideo, quia proposuerat id esse actum priore stipulatione, ut promissor quocunque die sisteret.

29 † Non adversatur superiori distinctioni, sed eam confirmat *L. nuda, C. de contr. stip.* Promiserat quis nuda pollicitatione se quid facturum, et nisi fecisset, stipulanti promiserat se præstaturum id quod interest. Illic scriptum est, huius etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem. *Post motam litem* hic interpretari debemus, non post litem contestatam, sed post litem interpellatione et nuda rei conventione motam, etiam ante quam lis contestetur. Alioqui nec recte diceretur summa stipulatione comprehensa postea a reo peti, et lis cum eo contestari posse. Quo sensu idem statuitur in hac specie, quod de omni stipulatione huiusmodi, quæ a præcedenti conventione incipiat, Papinianum definire diximus. Neque ideo illic refugiemus litis nomen, quia nulla lis sit, ubi nulla sit actio. Arg. *L. litis, infr. de verb. sig.* aliud est enim litem esse re vera aliud litem moveri. Hæc moveri potest etiam nullo iure, et ab eo, cui nulla sit actio: ut, hic nulla est; movetur tamen non iniuria propter conventionem, neque id frustra, cum ea conventio stipulationi pœnali locum faciat. At enim in specie superiore. *L. nuda*, non potuit promissor, a quo id petitum est, quod nuda pollicitatione promiserat, in eo moram facere: cum quod nudo pacto promittitur, iure peti non possit: L. *iuris gentium.* §. *sed cum nulla, et seq. super de pact.* nulla autem intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. *L. nulla infr. de reg. iur. L.si pupillus, infr eod.* Non nego in ea specie promissorem non facere moram. Ne nunc quidem moram in promissore exigimus, ut illo non dante aut non faciente, quod dare aut facere prius debuit, pœna sequentis stipulationis ab eo committatur. Satis est ad pœnam committendam, si interpellatus non dedit aut fecit, cum posset, quod prius debuit. Idque exemplo penus legatæ aperte declaratur. Cum enim testator iubet heredem penum dare, et si non dederit, iubet dare decem, sola hic decem in petitione esse constat, penum dumtaxat in solutione. *L.* 1. *supr. de pen. leg.* et tamen ut incipiant decem deberi, satis est, si interpellatus heres, ut penum daret, non dederit. *L. si penum, supr. quan. di. leg. ced.* Itaque quod dicitur in *L.* 1. §. *item si ita, supr. ad* L. *Falc.* penu ita legata decem deberi, si heres in penu solvenda moram fecerit: moram abusive accipere debemus, ut intelligamus eam cessationem, quæ vere mora foret, si potuisset penus ab herede iure exigi: quod et hic *sequenti vers.* apertius confirmatur.

† *Quod sine dubio verum erit.*) Dixerat Papinianus, cum ita concepta est stipulatio, Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis tantum dari spondes? simulatque per promissorem stetisset, quominus Pamphilum daret, pœnam deberi, et peti posse. Hoc nullam dubitationem recipere, ait, cum actum est, ut Pamphilo non dato et Pamphilus deberetur, et pœna. Recte: tunc enim non solum actum est, ut Pamphilus daretur, sed etiam si promissor interpellatus Pamphilum non det, constat eum moram facere: nam si debetur Pamphilus ex stipulatione, etiam Iure Civili peti potest. §. *de constituta, Inst. de act.* Iure petitum si promissor non præstat, cum nullam haberet iustam caussam recusandi, moram facit. L. *mora.* L. *sciendum, supra, de usur.* Non est autem mirum, 30

rum, si pœna promissa sub conditione, si promissor Pamphilum non dedisset, pœna committatur adversus eum, non solum qui simpliciter Pamphilum non dedit, sed etiam qui in eo dando moram, eoque et certam culpam admisit. Sed potuit dubitari, an idem esset probandum, si nominatim actum sit, ut si Pamphilum non dares solam pœnam deberes. Hac enim conventione eo res deducitur, ut non possit promissor quamvis Pamphilum non dederit, in eo moram facere. Nam si non debetur Pamphilus, nec peti poterit iure. Non est autem mora ab eo, a quo pecunia iure peti non potest, etiam per exceptionem, ut supra dixi, dicta L. *si pupillus*, *infra. eod. L. lecta*, *vers. dicebam*, *supra*, *si cer. pet.* Hinc ergo quæstio, an pœna committatur adversus eum ob Pamphilum non datum, qui in Pamphilo dando moram non fecit. Et Papinianus ita statuit, et si ita cautum sit, ut sola pœna non soluto homine debeatur, tamen idem defendendum esse: id est nihilominus, et hoc casu pœnam committi, cum primum interpellatus promissor Pamphilum non dedit: *quoniam*, *inquit*, *fuisse voluntas probatur*, *ut homo solvatur*, aut *pecunia petatur.* Hoc sic accipe, ut homo solvatur statim, aut si statim solutus non erit, pecunia petatur. Quibus verbis non tantum quod dixerat, confirmatur, sed præcipue tacitam obiectionem, quæ hic occurrebat, removet, hoc enim perinde est, ac si dixisset: non obstat, quod promissor interpellatus, ut daret Pamphilum, hoc casu moram non facit; satis est si actum sit inter contrahentes, ut promissor Pamphilum petenti statim solveret, ac nisi ita solveret, deberet pœnam: semper enim in stipulationibus sequimur, quod actum est. *L. eum*, *qui Cal. supr. L. semper in stipulationibus*, *infra*, *de regul. iur.* Iam vero hæc fuisse voluntas contrahentium probatur, ut Pamphilus solvatur; ut solvatur, inquam, non quovis tempore, sed statim (alioqui non efficeretur hac ratione, quod vult) probaturque satis hæc voluntas ex eo, quod Pamphilus prius promissus est stipulatione pura: cuius hæc vis est, ut promissum statim peti possit. §. *omnis*, *Inst. eod.* utque hæc voluntas est, ut Pamphilus solvatur statim: ita cum subiicitur pœna, si Pamphilus non solvatur, in hac quoque repetitione eandem sententiam contrahentium esse intelligimus: si Pamphilus non solvatur statim, ut pecunia solvatur: Proinde et cum Pamphilus ita solutus non erit, pœna statim committetur: non utique ex mora, quæ in promissore nulla esse potuit: sed ex conventione et sententia contrahentium, quæ sola obligationem efficere potuit. Quam omnem disputationem Papiniani huc referri apparet, ut probet stipulationem pœnalem tunc recte committi dici, cum eam committi prius dixerat: ita omnem eius tractationem in eo esse, ut ostendat, quando huius generis stipulationes committantur. Interim de pœnali stipulatione ita dicit, ut obiter ostendat, quam vim illa habeat ad mutandam priorem stipulationem. De quo quia magna est etiam inter eruditos dissentio, et ad naturam huius stipulationis, eoque et ad totum tractatum stipulationum pertinet id intelligi, locus mihi diligentius attingendus videtur.
31 † Ac primum id statuit, de quo multum quæsitum est, pœnali stipulatione alii præcedenti subiecta non fieri prioris novationem, seu non tolli priorem, et in posteriorem transfundi, quamvis pœnalis stipulationis conditio exstiterit. Id dicere intelligitur, cum si Pamphilus ante promissus sit, et nisi datus sit, pœna: vult homine soluto ita committi pœnam, ut nihilominus debeatur et Pamphilus, ut initio, non sola pœna. Quod non obscure significat, cum homine non soluto ait quidem solam pecuniam deberi, sed sub conditione, si nominatim cautum sit, ut sola deberetur; hoc enim eam vim habet, si id cautum non sit, non solam pecuniam deberi, sed etiam et Pamphilum: quæ et eiusdem Papiniani collectio est in *L.* 1. §. *huius supr. de off. eius.* Ex eo efficiuntur cætera ad eandem vim pertinentia, de quibus et ipsis quæsitum est. Nam si pœna commissa debetur etiam, quod priore stipulatione promissum est, ut Pamphilus, consequens est et Pamphilum adhuc peti posse non secus, quam si nulla stipulatio pœnæ esset secuta. Id enim intelligitur deberi, quod ab invito exigi potest. *L. debitor*, *infr. de verb. signific.* Et quoniam nulla pœnæ stipulatione secuta ita deberetur Pamphilus, ut si vellet stipulator, eum solum posset petere, eveniet hoc quoque, ut si pœna deberi cœperit, et stipulator utrumque petere simul non possit (ut non potest, nisi ut liceret, nominatim cautum fuerit, de quo postea) saltem hoc sit in potestate stipulatoris, utrum velit petere pro arbitrio; Pamphilumne, quem sine pœnali stipulatione citra controversiam poterat solum petere; an potius pœnam, quam reus omnimodo promisit, si Pamphilum non dedisset. Quin etiam et illud consequens est, si commissa pœnæ stipulatione stipulator de pœna egerit, et eam consecutus sit, ta-

tamen etiam nunc et Pamphilum, et quidquid priore obligatione debebatur, peti posse, ut quod in eius æstimatione amplius est, quam in pœna, id saltem stipulator consequatur. Quæ etsi ex primo efficiuntur certo omnia, et primum illud satis aperte hoc loco statuitur: tamen ne qua sit hæsitatio, adiungemus eos locos, quibus superiora omnia probantur dilucide; et quidem ita, ut nihil referre ostendant, utrum obligatio, quæ præcessit, dandi obligatio sit, ut hoc loco, an faciendi, qualis in illis locis proponitur. Loci hi sunt, L. *prædia*, *supr. de act. empt. L. si quis a socio*, *et seq. L. duo*, *supr. pro soc.* Ac quominus dubitetur etiam id recte et hoc loco et superioribus illis statui, stipulatione pœnali priorem non novari, non tolli; spectetur stipulationis pœnalis finis, et in eo sententia contrahentium: tum intelligetur id aliter statui non potuisse. Constat pœnalem stipulationem adiici prioris firmandæ caussa: adiicitur enim, quo magis fiat id, quod prius cautum est, §. *ult. Inst. de leg.* Est autem absurdissimum dicere præcedentem stipulationem tolli ea stipulatione, quæ præcedentis firmandæ caussa adhibetur. Unde in L. 4. §. *si ex conventione*, *supr. de re iud.* scriptum est, si pignora accepta sint, vel fideiussores in rem iudicatam, consequens esse non cessare executionem iudicati actionis; nominatim addita hac ratione, quia cum antecesserit aliquid rei iudicatæ, non sit a re iudicata recessum. Sed huic sententiæ de pœnali stipulatione adversantur duo: primum exemplum illud penus legatæ, quod supra commemoravimus: deinde L. *obligationem fere*, §. *ult. supr. prox. tit.* Nam cum testator ita dixit, heres meus penum dato: si penum non dederit, centum dato; hic si heres interpellatus penum non dederit, placet deinceps centum ita deberi, ut debeantur sola, quasi priore legato in posterius transfuso. *L. si penum*, *supr. quan. di. leg. ced.* Quod autem minime dubiam repugnantiam habere videtur, sic Pauli verba sunt in *d. L. obligationum*, §. ult. *Sed si navem fieri stipulatus sum*, *et si non feceris*, *centum*; *videndum*, *utrum duæ stipulationes sint*, *pura et conditionalis*, *et existens sequentis conditio non tollat priorem*; *an vero transferat in se*, *et quasi novatio prioris fiat*: *quod magis verum est.*
32 De quibus iam respondebo. † Et quod ad penum legatam attinet, longe in hac specie alia caussa est legati, alia stipulationis. Cum enim testator ita dicit, si heres penum non dederit, centum dato, hoc posteriore legato prius ademisse videtur eo casu, quo centum deberi cæperint; ut consequens sit ademptam penum amplius deberi non posse. Hoc ita diserte scriptum est in *d. L. si penum*, *quan. di leg. ced.* In stipulatione eiusmodi longe aliter evenit. Nam cum stipulor Pamphilum; et si Pamphilum non dederis, pœnam, nemo dicet me pœnæ stipulatione a priore recessisse videri, cum ideo pœnam subiecerim, quo facilius Pamphilum consequerer, quem volui, et mea intersit ob eam caussam utrique stipulationi locum esse. Quod autem attinet ac superiorem locum Pauli: si quidem is de eadem specie scriptus esset, de qua et hic quem tractamus, et item illi alii quos ante indicavimus; nihil caussæ esset, cur non et eum locum cum aliis, et alios cum eo pugnare diceremus. Nunc cum omnes scripti sint dissimilibus in caussis, ea dissimilitudine potius admonemur non esse generaliter statuendum pœnali stipulatione nunquam præcedentis novationem fieri, aut contra semper fieri: sed videndum esse, qualis sit obligatio, quæ præcedit; ex huius conditione, utrum stipulatione pœnali novatio fiat, an non fiat, æstimandum. Quo constituto, optime inter istos omnes locos convenire reperietur, et quidem ita, ut cognitis iis, quæ dicam, nihil ad differentiæ rationem aut parum requiratur. † 33
Refert igitur, utrum obligatio quæ præcedit, sit in dando, an in faciendo: et si in faciendo, utrum sit ex aliis caussis constituta, quam ex stipulatione, an vero et ex stipulatione itidem, ut pœnalis, quæ subiicitur. Obligatio dandi si præcedit, ut sit ea species, de qua hic Papinianus agit, Pamphilum dari; si Pamphilum non dederis, centum dari: generaliter definiemus nunquam pœnali stipulatione priorem novari; non effici denique quin etsi Pamphilo non dato pecunia deberi cœperit, nihilominus tamen debeatur et Pamphilus; cum enim stipulatorem priore stipulatione Pamphilum habere voluisse constet, eiusque magis consequendi caussa pœna subiecta sit, ac nec facile quisquam pro una re pecuniam, idest, aliam rem accipiat; nihil proponitur, cur stipulatione posteriore pœnali a priore recedere voluerit. Itaque animo novandi non comperto ne ex iure quidem vetere unquam fieret novatio, etiam auctore Paulo. Id quod si tunc verum est, cum Pamphilus deductus est in stipulationem, ubi facilius obligatio verbis contracta, verbis tolli potuit iuxta regulam naturæ: *L. nihil tam naturale*, *infra de reg. iur.* multo magis idem proban-

bandum erit, si cum ex alia caussa deberetur Pamphilus, veluti ex caussa permutationis, aut cum in emptione fundi dictum esset Pamphilum accessurum, tum deinde nisi datus esset, pœna promissa sit. Hic enim hoc etiam accedit ad difficultatem novationis, quod in his caussis dici non potest priorem obligationem tolli eodem genere, quo colligata est, quod regula exigit. *d. L. nihil tam naturale.* Quod si obligatio præcedens in faciendo erit; de quo genere agit Paulus in *d. L. obligationum fere*, §. *ult.* hic natura stipulationis statim videtur aliam inducere coniecturam. Cum enim stipulor quid fieri, id venit in stipulationem, quod mea interest. *L. si pœnam, supr. eod.* Ac cum pœna subiicitur postea, nisi factum sit quod promissum est, constat adiici eam loco eius quod interest, ne quantitas stipulationis sit in incerto, ut est in §. *ult. inst. eod.* ut sic propemodum non duo iam debeantur, sed una pœna. Quapropter consentaneum videri poterat, in omnibus faciendi obligationibus, ubi pœna promissa erit, pariter prioris obligationis eius quod interest, novationem fieri, ut sic desinat deberi id quod interest, sola pœna incipiat deberi. Sed ne hoc quidem placuit, si obligatio faciendi præcedens sit ea, quæ ex aliis caussis nascatur, quam ex stipulatione; veluti, si convenerit in societate, ut socius quid faceret; si in emptione, ut venditor rem traderet; et si hæ facta non essent, pœna promissa sit: quæ species sunt *d. L. duo*, *supr. pro soc. et d. L. prædia. supr. de act. em.* In quibus placet quamvis pœna commissa, tamen integram esse actionem in id quod interest. Ac ne quis propter iudicia bonæ fidei id in supra scriptis caussis receptum putet, non aliud responsum est in ea specie, cum servus manumissionis caussa datus est, et nisi manumissus esset, pœna est promissa: de qua in *L. qui Romæ*, §. *Flavius*, *infra eod.* Sed fortasse Paulus dissensit in his caussis a cæteris iuris auctoribus. Imo Paulus est ipse, qui auctor est superioris sententiæ in *d.* L. *duo*, *pro soc.* idem scilicet, qui et eius quæ legitur in *d. L. obligationum*, §. *ult. supr. prox. tit.* Sed hoc, ut dixi, tum visum est in priore faciendi obligatione, cum ea ex stipulatione non fuit, sed ex alio contractu, aliave caussa. Quod si in obligatione priore duo concurrent, ut et faciendi obligatio sit, et simul stipulationem habeat, quam alia stipulatio, pœnalis nimirum sequatur, hæc demum illa est species a superioirbus diversa, in qua Paulus in *d. L. obligationum*, ait stipulationis pœnalis exsistente conditione transfundi priorem et quasi novationem eius fieri. Hic ergo nobis occurrit: quid enim dissimile habet faciendi stipulatio ab alia quavis faciendi obligatione? Dicam nihil habere, si de ea ipsa obligatione quæritur. Sed agitur de posteriore stipulatione pœnæ, quæriturque quam vim ea habeat ad priorem novandam. Regula iuris facit, ut stipulatio posterior priorem obligationem potuerit tollere, si et prior eodem modo contracta sit, idest, verbis: sin alio modo, ut non potuerit, nisi perspicue doceatur contrahentes posteriorem stipulationem pro eo consensu habuisse, quo a priore abligatione recederetur. *d. L. nihil tam naturale*, *de reg. iur.* Hæc disserui de novatione pœnalis stipulationis, tantum ut veterum sententiæ, quæ in Pandectas relatæ sunt, eorumque consensus de hoc genere intelligeretur. † Cæterum hodie 34
omnis hæc quæstio, et distinctio sublata est constitutione Iustiniani: *L. ult. C. de nova.* qua cautum est in universum, ne in ullis caussis posteriore stipulatione novatio prioris obligationis facta intelligatur, nisi nominatim dictum sit posteriorem stipulationem novandi animo interponi. † Nova- 35
tione ex hoc genere sublata, efficitur, quod dixi, pœna commissa utrumque deberi, et pœnam et Pamphilum, seu quidquid est, quod ante promissum erat, et quidem ita, ut utrunque possit peti, si non simul, de quo mox, at certe hactenus, quatenus plus erit in altero. *d. L. prædia*, *de act. em. d.* L. *si quis a socio*, *et seq. supr. pro soc.* Neque ut debeatur utrumque hoc modo, aperta conventione opus est: sufficit Pamphilum simpliciter promissum, et si Pamphilus solutus non esset, pœnam. Itaque quod ait Papinianus, postquam interpellatus promissor Pamphilum non dedit, confestim pœnam peti posse, cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur; intelligimus id abunde probari hoc ipso, quod nominatim cautum non erit, ut homine non soluto sola pecunia deberetur: ut liquido arguit adversativa, quæ sequitur, cum ita scribit: *sed etsi ita cautum sit ut sola pecunia non soluto homine debeatur*, *idem defendendum erit.* His enim verbis significatur tunc demum pecuniam solam deberi, cum id nominatim cautum est: alioqui contra. Neque vero hoc aliter potest fieri, si prioris obligationis non fit novatio, ut non fieri 36
diximus. † Quod cum ita sit, ut pœnali stipulatione commissa utrumque debeatur ac-

ac peti possit, et pœna, et quod principali obligatione promissum erat, an simul utrumque peti possit, dubitatum est. Nam et principalis obligatio pura est et pœnalis stipulationis existente conditione stipulatio eo loco esse incipit, quasi esset iam ab initio pure contracta. *L. potior*, *supr. qui pot. in pig. hab. L. si pupillus*, *supr. de cond. inst.* Ut consequens videri possit, si utraque obligatio manet, etiam ex utraque sine fraude alterius agi posse. Sed conditio pœnalis stipulationis satis declarat id agi, ut stipulator altero contentus esse debeat, cum pœna promittatur hac conditione, si Pamphilus datus non erit. Fac enim eum datum esse: pœna ex conditione peti non poterit. Quia tamen non soluto homine pœna iam ante semel commissa erat; dicendum est, quamvis postea solutus sit Pamphilus, tamen ipso iure et de pœna adhuc agi posse, sed agentem doli mali exceptione summoveri. *L.* 4. §. *Labeo ait*, *supr. de dol. mal. exc.* Idem dicemus e converso, si prius pœna soluta erit; deinde stipulator petat Pamphilum: sic enim facit, ut non possit ex conditione stipulationis pœnam retinere, cum si Pamphilus illi solvatur, pœnam ex conditione consequi non debeat. Alterutro igitur, ut dixi, stipulator contentus esse debet, ut de eo responsum est, qui pactus est, ne a se peteretur, et si petitum esset, stipulatus est pœnam; is autem agente contra conventionem promissore, et exceptione uti vult, et pœnam ex stipulatu petere. *L. rescriptum*, §. 1. *supr. de pact. L. si pater.* §. *si mulier*, *supr. de pact. dot.* Plane si nominatim actum sit, ut utrumque deberetur simul, seu utrumque simul exigere liceret, conventio servanda est. *L. pen. supr. de trans.* Idem autem actum videbitur, etsi illud, *simul*, adiectum non fuerit. Alioqui nequidquam caveretur, ut debeatur utrumque; cum et sine conventione idem futurum fuerit. Arg. in L. *quoties in stipulationibus*, *supr. eod. L. si quando*, *supr. de leg* 1. † Interim in hoc 37
genere hoc ius manebit stipulatori, ut sit in eius potestate, utra actione experiatur; *d. L. rescriptum*, §. 1. *supr. de pact.* non ut in disiunctivis obligationibus, cum illud aut illud debetur, accidit, ut sit in potestate promissoris, utrum solvat. *L.* 2. §. *Scævola*, *supr. de eo quod cer. loc. L. plerumque*, §. *ult. supr. de iur. dot.* Neque enim hic debetur illud aut illud; sed duæ sunt obligationes, quarum unaquæque separatim promittit res singulas, non plures vel coniunctim, vel disiunctim. Quid si cautum erit, ut non soluto homine debeatur solum pœna? hic pœna commissa Pamphilum non deberi certum est, cum aperta conventione quasi novatio prioris obligationis facta sit. Sed tamen et Pamphilus adhuc solvi poterit donec iudicium accipiatur. *L. quid tamen*, §. *ult. supr. de rec.* quod ad potestatem purgandæ moræ referri debet, de qua diximus ad *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.*

Ad L. Decem. 116.

Idem lib. IV. *Quaestionum.*

Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Mævio stipularis, sine dubio Mævius universi periculum potest subire. Sed et si decem petieris a Titio, Mævius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. Paulus notat: non enim sunt duo rei Mævius et Titius eiusdem obligationis, sed Mævius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio convento Mævius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est: et solvente Titio non liberatur Mævius, qui nec tenebatur, cum conditio stipulationis deficit: nec Mævius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri: a Mævio enim ante Titium excussum non recte petetur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatus a Mævio quanto minus a Titio debitore consequi posset, an si nihil omnino a Titio possit consequi, totum debitum a Mævio recte petat.*
2. *Stipulatore in proposito cum Titio litem contestante, an Mævius liberetur, ut deinceps nec totum neque pars debiti ab eo possit peti.*
3. *Ex stipulatione proposita cum Mævio quando recte agatur.*

1 Decem a Titio stipulatus, postea quanto minus ab eo consequi possem, stipulor a Mævio. Tria hic quæruntur de Mævio. Illud primum, si a Titio debitore meo nihil omnino possim consequi, an totum, quod ille debuit, possim a Mævio petere, ut

ut sic Mævius periculum totius debiti subeat. Verba stipulationis videntur repugnare: is enim proprie dicitur minus consequi, qui aliquid ex toto consequitur, minus tamen quam totum, quoniam hoc verbum *minus* comparationem habet. Sed placuit ex usu loquendi Latinorum etiam eum recte dici minus consequi, qui omnino nihil consequatur. L. *minus*. 32. *L. ita*. 150. *infr. de verb. sig.* Quod intelligi poterit ex huiuscemodi oratione; *nihil obstat*, *quominus id facias*: ubi hoc omnes dici intelligunt, nihil obstat, cur non facias, qualis et illa est in *L. liber.* seq. *quid aliud dici potest*, *quominus liber homo teneatur*? pro, cur non teneatur. Ex hoc usu respondet hoc loco Papinianus Mævium in hac specie posse universi periculum subire, significans accidere posse, ut totum ab illo peti possit: quod tunc continget, cum ego a Titio debitore nihil consecutus fuero. Atque hoc ita est, si extra iudicium nihil ab
2 illo consequi potuerim. † Quod si cum Titio prius iudicio egerim, hic altera quæstio introducitur, an eo facto Mævius sit liberatus, ut deinceps neque totum, neque partem debiti ab eo possim petere. Respondet Papinianus Mævium non esse solutum, nisi iudicatum Titius fecerit. In hac parte responsi duo notat Paulus. Primum rationem reddit, cur convento Titio debitore meo, quamvis iudicio id factum sit, non eo minus teneatur adhuc Mævius: *non enim*, inquit, *sunt duo rei eiusdem obligationis Mævius et Titius*. Significat, si hic duo rei debendi essent, dici potuisse re ab uno petita alterum liberari, ut vel olim ius fuit, vel certe fuit quorundam sententia, ut indicat L. 2. *infr. de duob. reb.* adversus quam propterea constitutione Iustiniani opus fuerit, quæ est *L. ult. C. de fid.* nunc autem hoc in proposito metuendum non esse, quia hic non sint duo rei debendi. Non esse probat, quia Mævius debeat sub conditione, si a Titio exigi non potuerit; hinc enim fieri recte colligit, ut quandiu Titio convento incertum erit, an ab eo possit exigi, tandiu non possit dici Mævius reus esse, utpote pendente obligationis eius conditione. *L. cedere*, *infr. de verb. sig.* proinde nec possit dici liberari, qui an debiturus sit, incertum est. Sed ut prius confirmat Paulus, quod de Mævio non liberato Papinianus respondit, si forte Titius iudicatum non fecisset: ita reprehendit alterum in superiore responso, quod ex contrario significat Papinianus Mævium videlicet liberatum iri, si Titius debitor meus iudicatum fecerit. Idque agit in illis verbis; et *solvente*, ad hanc sententiam: non debuit Papinianus dicere Titio solvente liberari Mævium: quia non liberatur, qui nec tenebatur. Recte. Non est enim solutio aut liberatio, nisi eius, qui aliquo vinculo tenebatur, quo solutus liber dimittitur: uti nec manumissio nisi eius, qui prius tenebatur manu. *Inst. de liber. in pr.* Iam vero solvente Titio in hac specie Mævium nunquam debuisse ostendit: debuit enim sub conditione, si Titius non solvisset: quo fit, ut illo solvente nulla sit Mævii obligatio, cum conditio stipulationis defecerit. His verbis atque hac nota voluit Paulus intelligi in proposito melius ita dicturum fuisse Papinianum, si decem petiero a Titio debitore meo, non ideo certum esse incipit Mævium non teneri, nisi et iudicatum Titius fecerit. † Tertia quæstio est 3
superiori consequens: si Titio convento non liberatur Mævius, an non videatur dici debere hoc casu statim cum Mævio agi posse, et in summa quando cum illo agi possit ex hac stipulatione. Paulus in extremis illis verbis, *nec Mævius pendente*, ostendit, non si Mævius convento Titio non liberatur, ideo statim cum illo agi posse: in summa autem Mævium pendente stipulationis conditione recte conveniri non posse: in proposito vero conditionem hanc, quod a Titio consequi non potuero, sic impleri, non si egero cum Titio tantum, neque statim ab illo consecutus fuero, quod petii; sed si egero cum illo, et perfecero, ut condemnaretur: neque hoc satis, sed ita si ex caussa iudicati facultates eius excussero, ut omnibus ex caussis constaret eum non habere, unde solvat.

Ad L.

Ad L Si centum. 117.

Idem lib. XII. *Quaestionum.*

Si centum homines quos ego heresve meus elegisset, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes reliquero: numero dividitur stipulatio. Diversum erit si iam electis hominibus successerint.

SUMMARIUM.

1. *Stipulatore, qui centum homines, quos eligeret, est stipulatus, mortuo, quomodo inter heredes stipulatio dividatur.*

1 Centum homines, quos stipulator eligeret, in stipulatum deducti, genera sunt prius, quam stipulator eos elegerit: postquam elegit, fiunt iam certa corpora, et species, quæ stipulatione debeantur. Si generum stipulatio numero dividitur inter heredes stipulatoris: specierum stipulatio, ita ut partes corporum cuique debeantur, ut traditum est in *L. in stipulationibus, supr. eod.* non potuit in specie proposita aliud responderi, quam quod hic respondetur, ante electionem stipulatore mortuo dividi stipulationem numero inter eius heredes: hominibus electis si decesserit, corporum divisionem fieri.

Ad L. Liber homo. 118.

Idem lib. XXVII. *Quaestionum.*

Liber homo qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est ut omni modo sit utile, quamvis ex re mea promittat. Nam quid aliud dici potest quominus liber homo teneatur? Nec tamen ideo si stipulanti eidem ex eadem caussa spondeam, tenebor. Quemadmodum etenim habebit eius actionem adversum me, quod ab alio stipulatus quæreret mihi? Hoc itaque latere, fructuario servo, vel alieno qui bona fide servit, comparabitur. Servus autem fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus qui bona fide servit, emptori: nulla de peculio dabitur in dominum actio. Nam in his caussis domini esse intelliguntur.

SUMMARIA.

1. *Liber homo bona fide serviens, quatenus comparetur servis alienis: et qua in re ab iis differat.*
2. *Liber homo bona fide possesso, si possessori stipulanti quid promittat, utilis est stipulatio.*
3. *Libero homini bona fide possesso stipulanti possessor promittens an obligetur.*

1 Liber homo, qui bona fide possidetur, propemodum per omnia comparatur servis alienis, cum de contractu eorum, et rebus per eos acquirendis agitur, ut constat ex §. *de his*, et §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acquir.* L. *acquiruntur*, *supr. de acquir. rer. dom.* Una hac in re differunt, quæ hic explicatur, quod servus alienus promittere utiliter nihil potest ei, a quo bona fide possidetur, aut ei, qui in servo usumfructum habet, si modo promittat ex re possessoris, aut fructuarii: propterea quod nemo est, qui hic obligetur, aut possit ex eo contractu conveniri. Servum ipsum ex contractu Iure Civili non obligari certum est. L. *servi*, *supr. prox. tit.* §. *item inut. Inst. de inut. stip.* Sed nec dominus hoc casu de peculio teneri potest, ut hic scriptum est in extremo: quia cum servus ex re possessoris aut fructuarii promittit, ipse possessor et fructuarius pro dominis habentur, cum ex hac caussa illis acquiratur, ut dominis. *d.* §. *de his autem, et seq.* † At liber homo, qui bona fide 2
servit, si possessori stipulanti promittat, nihil obstat, quominus promittat utiliter. Est enim hic, qui recte obligetur etiam civiliter: ipse videlicet, qui promittit; quia liber est re vera, cuius persona obligationis est capax. Nec ad rem pertinet, quod pro servo habetur. Non enim eo minus est liber: quoniam opinio nostra veritatem naturæ non mutat. *L. cum falsa, C. de iur. et fac. ign. L. assumptio, infr. ad munic.*

† Hinc

3 † Hinc tractat Papinianus, si vice versa liber homo, qui bona fide possidetur, stipuletur a possessore sibi dari, an possessorem sibi obliget. Nam cum sit liber, nihil videtur ne hic quidem obstare, quominus ut obligatio, sic petitio in persona eius recte consistat. Negat Papinianus possessorem illi obligari hac ratione. Nam si liber homo bona fide possessus stipuletur ab alio ex re bonæ fidei possessoris, stipulatio possessori acquiritur. *d. §. de his, et seq.* multo ergo magis, si quid stipuletur idem a possessore suo ex re eius, id ipsi acquiret. Quod si liber homo hanc stipulationem possessori acquirit, consistere obligatio non potest; ne incipiat dici possessorem eodem tempore et debitorem esse, quia promisit, et eundem creditorem, quia stipulatio illi quæsita est. Quod natura non patitur. *L. Stichum, §. aditio, infr. de sol.* Unde apparet, quod Papinianus dicit, etiam hoc latere liberum hominem, qui bona fide servit, servo alieno bona fide possesso aut fructuario esse similem: *hoc latere*, idest, etiam hac in parte.

Ad §. Decem hodie.

Decem hodie dari spondes? Dixi posse vel eo die pecuniam peti, nec videri præmaturius agi non finito stipulationis die: quod in aliis temporibus iuris est. Nam peti non debet quod intra tempus comprehensum solvi potest. In proposito enim diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum.

SUMMARIUM.

1. *Diem adiectum differre solutionem, donec dies præterierit, quomodo accipiendum.*

1 QUod dicitur diem adiectum differre solutionem donec dies præterierit. L. *Centesimis, L. qui hoc anno, sup. eod.* sic accipiendum est, nisi constabit diem adiectum non esse differendæ obligationis caussa: quod accidit, cum stipulor mihi hodie dari. De quo dixi ad *L. eum, qui Calendis, §. ult. supr.*

Ad §. Decem mihi aut Titio.

Decem mihi aut, Titio, uti ego velim, dare spondes? Ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio: est ex eo quod illi solvendum, incerti. Finge mea interesse, Titio potius quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

SUMMARIA.

1. *Stipulans decem sibi aut Titio non potest agere cum promissore ob id, quod Titio non solvat, etiamsi ei solvi stipulator velit, et huius id fieri intersit: aliud est, si sibi aut Titio decem, utrum velit, quis stipuletur.*
2. *Stipulatio hæc, Mihi aut Titio decem utrum velim, si dari velim,* certi est.
3. *Stipulatio eadem, si velim solvi Titio,* incerti.
4. *In stipulatione proposita cum certa quantitas in utriusque persona expressa sit, cur non utriusque persona sit certi stipulatio.*
5. *Definitio generalis de stipulationibus in certum locum, tempus, personam collatis.*

1 CUM stipulor decem mihi aut Titio, non modo hic Titio nihil acquiritur de quo inter omnes convenit: *L. stipulatio ista, §. alteri sup.* sed nec ipse agere possum cum promissore ob id, quod Titio non solvat, etiam si ei solvi velim, et mea intersit id fieri: quia non sum stipulatus absolute dari Titio; sed mihi aut Titio: quæ disiunctio tribuit promissori electionem, utri solvat. *L. 2. §. Scævola, sup. de eo quod cer. lo. §. plane, Instit. de inutil. stipulatio.* At si stipuler mihi aut Titio decem, utrum velim: hic manifestum est id agi, ut mihi solvatur, si velim: aut si malim, ut solvatur Titio. Hinc quæritur, eiusmodi stipulatione interposita, an et quæ sit mihi adversus promissorem actio sive mihi dari velim, sive Titio, si non detur, ut volo. † Papinianus respondet, si mihi 2
dari velim, stipulationem certi esse: quo significat ei me decem petere posse, et in eam rem esse certi condictionem. *L. stipulationum quædam, supr. Instit. eod. in prin.* † sin velim solvi Titio, stipulationem 3
esse incerti. Quo verbo duo itidem cotraria complectitur, et incertum hac parte stipu-

pulatione contineri, ut peti possit, et peti id actione incerti seu ex stipulatu. *Instit. eod. in princip. et L. ult. supra, si quis in*
4 *ius voc.* † Sed quomodo hac parte incerta est stipulatio, cum id actum sit, ut Titio darentur decem itidem ut mihi, quæ quidem non minus in persona Titii certa sunt, quam in mea? Et si quidem stipulatione effici posset, ut non minus ex ea possem decem petere Titii nomine, quam possum meo, dici nihil posset, quin ex utriusque persona esset certa et certi stipulatio. Nunc autem Titio dari frustra stipulor, nisi mea intersit illi dari, et cum mea interest, hactenus solum possum ex ea experiri, quatenus interest. *L. stipulatio ista, §. stipuler, supra, eod.* Quo fit, ut hactenus quoque contineatur incertum stipulatione. Semper enim incertum id, quod interest, cum fieri possit, ut nihil intersit; interdum ut minoris, quam decem; nonnunquam ut pluris: veluti, si pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset, ut hic Papinianus ait. Idem in *L. si quis stipulatus.* 112. *§. ult. supr. L. si quis ab alio, supr. de re iud.* qua ratione semper in faciendi obligationibus dicitur incertum contineri. *L. ubi autem, §. qui id, quod, supr. eod.* quoniam venit in stipulationem id quod mea interest. L. *si pœnam, supr. eod.* † Illud hoc 5
loco generaliter notandum est, quoties stipulamur aliquid dari aut certo loco, aut certo tempore, aut personæ certæ, toties stipulationem in eam utilitatem collatam videri, quæ utilitas percipi potuit ex eo loco, tempore, persona. De loco est in L. 2. §. *ult. supr. de eo quod cer. lo.* De tempore in L. *si fundum, supr. eod.* De persona est hic locus.

Ad L. Doli clausula. 119.

EXpositus est hic locus ad L. *stipulationes commodissimum* 53. *supr. eod.*

Ad L. Si ita stipulatus. 120.

Idem lib. XXXVII. *Quaestionum.*

Si ita stipulatus fuero, *Hanc summam centum aureorum dari spondes?* etsi maxime ita exaudiatur ille sermo, *Si modo centum aureorum est*, non fecit conditionem hæc adiectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est. Nec placuit instar habere conditionis sermonem qui non ad futurum, sed ad præsens tempus refertur, et si contrahentes rei veritatem ignorant.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis, et ex ea quæstiones duæ.*
2. *Stipulatio hæc, Hanc summam Centum aureorum dare spondes? non est conditionalis.*
3. *Verba hæc,* Centum aureorum, *utrum vi sua hanc adiectionem contineat, Si modo centum aureorum sit summa.*
4. *Demonstratio et causa falsa ut legato non nocet, sic nec stipulationi.*

1 CUM esset certa summa in sacculo, aut in arca, quæ in conspectu erat, ac summam putaremus esse centum aureorum, ego eam summam digito demonstrans ita sum stipulatus, hanc summam centum aureorum dare spondes? Si summa postea reperiatur centum aureorum non esse, hic duæ sunt quæstiones. Una, eaque prior natura; utrum hæc verba, *centum aureorum*, contineant hanc adiectionem, si modo centum aureorum sit summa, an non contineant. Altera, si continent, utrum ea adiectio habeat conditionem, necne. Papinianus hoc loco priorem non attingit.
2 † De posteriore ita respondet, ut dicat etiam si admiserimus superioribus verbis eam adiectionem contineri; tamen eam orationem conditionem non facere: hac ratione, quod conditio rem differat in aliquem casum. §. *sub conditione, Inst. eod.* hac autem adiectione nihil differatur: cum si summa centum aureorum est, debeatur statim; si non est, statim nulla sit obligatio. Quo responso Papinianus eam vim exprimit, quam esse diximus conditionum in præsens, aut præteritum tempus conceptarum ad *L. conditiones, supr. eod.* Sed diligenter animadvertendum est, totum hoc responsum esse ex hypothesi: id est, hoc concesso, in his verbis, *hanc summam centum aureorum*, inesse hanc adiectionem, si modo centum aureorum esset, cum hoc quæreretur, an hæc adiectio haberet conditionem: quo modo ac-

accipienda sunt illa verba *etsi maxime ita exaudiatur ille sermo*, *si modo centum aureorum est*: dictum enim hoc est non affirmantis modo, sed ex concessione; quasi ita diceretur; etsi maxime velimus hunc sermonem ita exaudiri (quod interdum faciendum est: quid enim si id actum sit nominatim, ut deberetur ea summa, si esset centum aureorum?) tamen ne sic quidem
3 hæc oratio conditionem habebit. † Cæterum si de eo quæretur, an hæc verba, *hanc summam centum aureorum*, eam adiectionem vi sua contineant, quam dixi, ut nisi ea summa erit integra, nulla sit stipulatio: dicemus non continere, sed quidquid erit in ea summa, quæ demonstrata est, id deberi: quod diserte scriptum est in *L. si servus legatus.* 108. §. *qui quinque*, *supr. de leg.* 1. Et certe hæc verba, *centum aureorum*, demonstrationem habent: sunt enim adiecta summæ amplius declarandæ et demonstrandæ caussa. † Porro falsa 4
demonstratio ut legato non nocet, sic nec stipulationi, quemadmodum nec falsa caussa: de quo diximus ad *L. si divortio*, *supra*, *eod.*

Ad L. Ex ea parte. 121.

Idem lib. XI. *Responsorum.*

Ex ea parte cautionis, *Dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse stipulatus est ille*, *spopondit ille*: incerti agetur stipulationis utiliter interponendæ gratia.

SUMMARIA.

1. *Species huic loco accommodata.*
2. *Doli clausula quam vim habeat.*

1 FUndum inutiliter stipulor non adiecto nomine; triticum inutiliter non adiecta quantitate, *L. ita stipulatus*, *sup. eod.* Propone hoc modo: cum ageretur inter nos de fundo Tusculano dando, per oblivionem fundum generaliter a te stipulatus sum sub conditione, si navis veniret ex Asia; et adieci doli clausulam, cavens huic promissioni dolum malum abesse, abfuturumque esse: pendente conditione, dum metuo ne testes decedant, qui interfuerunt, cum de fundo Tusculano dando inter nos ageretur; petii a te, ut mihi fundum ipsum Tusculanum adiecto nomine promitteres, recusas. Quæritur, an id possim aliqua actione abs te consequi. † Papinianus respondet 2
posse me agere in eam rem incerti; nempe in id quod interest ex superiore doli clausula; qua consequar, ut stipulatio, quæ secundum verba inutiliter interposita est, denuo a te utiliter interponatur.

Ad §. Mulier ab eo.

Mulier ab eo in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil caussæ esse respondi, cur ex stipulatu quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non possit.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione hac, Decem dabis, si quis Capitolium ascenderit? et similibus, an impleta conditione pecunia debeatur.*
2. *Pecunia mulieri promissa sub hac conditione, si maritus constante matrimonio concubinæ consuetudinem repetisset, an impleta conditione debeatur.*
3. *Concubinam constante matrimonio habere an turpe Romanis habitum, et an legibus olim prohibitum.*
4. *Maritus ob concubinæ consuetudinem caussam divortii olim non præbuit.*
5. *Promittens ob maleficium ne fiat, an obligetur.*

1 CUM quid promittitur sub conditione, si quid factum sit, ubi nec stipulantis interest id factum non esse, nec ullum in eo factum est, quod proficiscatur a stipulatore, veluti, decem dabis, si quis Capitolium ascenderit? quæri solet, an impleta conditione pecunia debeatur, quia est promissa, an non debeatur, quasi nulla caussa dandi intercedente. Et traditur in L. *a Titio*, *supr.* deberi, quæcunque sit conditio, sub qua pecunia promissa sit. † 3
Ad eandem dubitationem et regulam refer-

ferri debet, quod hic quæritur, pecunia mulieri promissa sub hac conditione, si maritus constante matrimonio concubinæ consuetudinem repetisset, an marito eius consuetudinem repetente, idest, impleta conditione pecunia debeatur. Est enim et hic pecunia mulieri promissa sub conditione, si quid factum esset, quamvis nec mulier quidquam fecerit, propter quod pecuniam acciperet, et eius pecuniariter nihil intersit concubinam non induci. Ideo placet hic quoque ex eadem illa definitione nihil caussæ esse, cur non mulier impleta conditione pecuniam possit consequi: non utique solum, quia factum mariti turpe fuerit, et ob id stipulatio ex bonis moribus; sed hoc ipso, quod conditio extiterit, etiam si nihil aliud accederet: nam etsi quid maritus non fecisset turpe, cum stipulationis conditio exigeret, ne faceret, idem iuris foret, ut dixi. *d. L. a Titio.* Cur igitur hic respondetur nihil caussæ esse, cur mulier non possit pecuniam consequi ex ea stipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat: augendi caussa, ut intelligeretur ideo hoc iustius responderi in specie proposita, quam in cæteris, quod aliis conditionibus impletis, quæ ex facto promissoris non pendent, aut ex facto non turpi, sola voluntas promissorem obligat; in hac autem specie præter voluntatem promissoris etiam rei æquitas et honestas stipulationem tuetur, quia delicti, et rei inhonestæ pœna promittitur: expedit autem delicti metui pœnam.
3 *L. si unus, §. pacta, supr. de pact.* † Dixerit aliquis, non fuisse olim turpe Iure Romanorum etiam constante matrimonio concubinam habere, idque ex eo existimari licere, quod Constantinus constitutione effecerit, ne cuiquam licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. *L. unica, C. de conc.* quæ constitutio supervacua est, si et ante habere non licuit. Sed aliud est, turpe id habitum non fuisse, aliud non fuisse prohibitum. Semper turpe habitum fuit apud bonos et graves viros id facere. Itaque omnia etiam honesta et ex bonis moribus conventio semper habita, quæ id factum prohiberet, ut hic locus iudicat: sed sive errore, sive sæculi licentia obtinebat, ut liceret facere: certe non erat legibus prohibitum, † us- 4
que adeo ut si mulier ob hanc caussam vellet a marito divertere, posset quidem ex iure communi Romanorum, quo et sine caussa id facere licebat: *L. Titia, infr. eod.* sed non ita, ut ob hoc factum dici posset maritus caussam divortii præbuisse. Permissum quidem est libertæ uxori ob hanc caussam divertere a patrono: *L. ult. in fin. supr. de divor.* sed permissum, ut potestatem divertendi ex iure communi acciperet, quam prius non habebat: non autem, ut dici posset divortii caussam accepisse a patrono: alioqui si ea gratia id cavebatur, debuit generaliter de omnibus uxoribus caveri. Constantinus autem non tantum id facere turpe putavit, ut antea existimabatur, sed etiam licentiam contra faciendi sustulit. Qua constitutione magis superior stipulatio confirmata est. Nihil admodum necesse est hic quærere, cur placet poenam promitti non posse, si maritus ab uxore diverterit; *L. Titia, infr. eod. L. 3. C. de inutilib. stipulation.* promitti autem eam utiliter, si maritus concubinam in matrimonium induxerit. Hoc enim citra controversiam turpe, quod proinde et poena coerceri honestum est: divertere autem licere etiam honestum et utile Reipublicæ apud Romanos est habitum, ut consequens esset videri contra bonos mores eam libertatem poenis adstringi. *d. L. Titia, infr.*
† Quod in *L. iurisgentium, §. si ob maleficium,* supr. *de pact.* ita scriptum est; *si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*; huic loco non adversatur. Hoc enim dictum est de eo, de quo id agitur, ne fiat a stipulatore, et ob non factum ei quid promittitur: veluti, ne hominem occidat, et si non occiderit, ei ipsi pecunia promittitur. Quam quidem ille stipulatur turpiter, eius rei videlicet nomine, quam coactus legibus præstare debuit. L. 2. *supr. de cond. ob tur. caus.* Hic contra promittitur quidem pecunia, ne quid turpe fiat, sed ne fiat a promissore, et ob factum, non ob factum promittitur, ut sit nimirum hic delicti poena; quam recte constitui, et exigi iam diximus. 5

Ad §.

Ad §. In insulam deportato.

In insulam deportato reo promittendi, stipulatio ita concepta, *cum morieris, dari?* non nisi moriente eo committitur.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio ita concepta, Cum morieris, an deportatione comittatur.*
2. *Deportati pro mortuis quando habeantur.*

1 Stipulatus sum a Titio, decem cum morietur, mihi dari: is deinde deportatus est: quæritur, an stipulatio sit commissa, quasi eo facto mortuo promissore, et conditione impleta. Movet, quod innumeris in caussis receptum est deportatos pro mortuis haberi, *L.* 1. *pen. supr. de bon. pos. cont. tab. L. sed si mors, supr. de do. int. vi. et ux. L.* 4. §. *pen. supr. de bon. lib. L. actionem*, §. *publicatione*, *supr. pro soc.* et sunt illi quidem pro mortuis non abs re: ut enim cives morte, sic deportatione eximuntur ex numero civium. §. 1. *Inst. quib. mo. ius. pat. pot. sol.* Respondet Papinianus non nisi vere moriente promissore stipulationem committi. Recte: re enim vera deportatio mors non est, et qui in numero civium non vivit deportatus, nihilominus vivit natura. † Nihil obstant ii loci, quibus traditur deportatos haberi pro mortuis. Id enim tunc locum habet ex loquentis sententia, cum eum, qui de mortuo loquitur, verisimile est idem admittere et in eo, qui est deportatus: quæ coniectura in promittentem non cadit, cuius interest non teneri ultra, quam verbo continetur. Quod si in verbo ambiguo id sequimur, quod promissori prodest, stipulatori nocet: *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, *supr.* quanto magis in certa et non ambigua significatione proprietatem verbi retinebimus, quæ sit pro promissore? 2

Ad §. Ex facto rei promittendi.

Ex facto rei promittendi, doli stipulatio heredem eius tenet: sicut ex cæteris aliis contractibus: veluti mandati, depositi.

SUMMARIA.

1. *Heredes in pœnam cur non succedant, et quando hoc receptum sit.*
2. *Actiones rei persecutoriæ ex contractibus venientes in heredes dantur, licet delictum quoque in his versetur.* et n. 4.
3. *Ex deposito tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa, actio ex dolo fundi in heredem in simplum, an in duplum datur.*
5. §. Aliquando, Instit. de perp. et temp. act. *explicatur.*

1 Et si conditio heredis exigere videbatur, ut qui universi iuris successor est *L. heres in omne*, *supr. de acquir. her.* qui in ius et locum defuncti succedere dicitur, *L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* idem non tantum commodo defuncti susciperet, sed etiam incommoda, iisdemque et actionibus et oneribus sine exceptione subiiceretur, quibus defunctus: id tamen aliis in caussis omnibus receptum, L. 1. 2. et 3. *supr. de bon. poss. L. more*, *supr. de acquir. her.* in una hac non placuit, si actio qua tenebatur defunctus, pœnam delicti persequitur. De quo ita constitutum est, heredes pœna non teneri; in pœnam heredem non succedere. *L. constitutionibus*, supra, *prox. tit. L. pen. supr. de op. no. nunc.* Quod est æquissimum; non ea tantum ratione, quæ redditur in L. *si pœna*, infra, *de pœn.* quia pœna constituatur in emendationem hominum; quæ mortuo eo in quem constituitur, desinit: sed illa potius, quod cum pœna constituatur coercendi delicti caussa: *L. aliud est fraus*, *supr. de verbor. signific.* consentaneum sit, ut peccata teneant suos auctores, nec longius progrediatur metus, quam fuerit delictum, ut et constitutum est *L. sancimus*, *C. de pœ.* Videri autem potuit generaliter pœna delicti esse, cum defunctus ita quod dolo fecit, ut nihil inde ad eum perveniret, et tamen teneretur eo nomine: ac proinde cum quid huiusmodi accidit, dici posse heredes non teneri. Sed hoc tunc receptum est, cum obligatio pœnæ ex delicto defuncti originem habet. Unde iuris regula, ex maleficiis

ciis pœnales actiones in heredem rei non competere. §. *non autem*, *Inst. de per. et*
2 *tem. act.* † Quod si ex contractu obligatio veniat, hoc ipso actio rei persecutionem habere videtur, non pœnæ. *L. si hominem*, §. *datur*, *supr. dep.* §. *sequens*, *Inst. de act.* Inde rursum illa altera regula iuris, in quos hæ actiones competant; ex contractibus venientes actiones in heredes dari, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est. *L. ex contractibus*, *L. ex depositi*, *supr. prox. tit.* Est autem et stipulatio contractus. L. *non solum*, *supr. prox. tit.* quapropter quod de cæteris contractibus hic definitum est, etiam ad stipulationem pertinet, ut ibidem traditur: veluti si proponas promissorem dolo quid fecisse, ex quo adversus eum ex stipulatu actio sit; quod tunc fit, cum stipulatio doli est interposita. Hic non solum ex ea caussa tenebitur promissor, sed etiam eo mortuo heres eius, quamvis ad eum nihil inde pervenerit. Nec metuemus, ne videatur hoc modo heres in pœnam succedere contra constitutiones: cum hic, ut dixi, non pœna versetur, sed rei persecutio; propterea quod id solum præstet, quod
3 abest stipulatori. † Plane si præter id, quod creditoris interest, exigatur aliquid amplius a debitore, lege hoc ita adversus eum constituente delicti eius coercendi caussa: pœna id erit, non rei persecutio, etiam si sit delictum in re ad contractum pertinente admissum. Quod enim excedit id quod interest, id contractu non continetur: ut fit in deposito, cum quid tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum est: ubi si quid dolo fit ab eo, qui accepit, actio in duplum constituitur. *L. 1. supr. dep.* quæ actio in simplum rei persecutoria est: in id quod excedit, pœnam continet: unde et mixta dicitur a Iustiniano in *d.* §. *sequens*, *vers. plane Inst. de act.* Idcirco placuit hanc actionem ex dolo defuncti in heredem in duplum non dari, quia in eo duplo sit pœna: sed tamen non eo minus ex hac caussa dari in simplum, quia hactenus ex contractu sit et rei persecutione. *d.* L. 1. *et L. de eo supr.*
depos. † Quod si nihil amplius persequetur 4
ex contractu actio, quam id quod contractus proprium est, id est, id quod interest, ius hoc constitutum esse debet, quamvis in eo contractu debitor dolose versatus ex eo facto cœperit teneri, ut maxime nihil ex eo dolo ad debitorem pervenerit, tamen actionem etiam in heredem competere. *d. L. si hominem*, §. *datur*, *dep. d. L. ex con-*
tractibus, *supr. prox. tit.* † Sed hic nos im- 5
pediunt verba Iustiniani, quæ leguntur in §. *aliquando*, *Inst. de per. et tem. act. Aliquando tamen*, inquit, *etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenit.* Et sane superiori sententiæ contraria sint, si in posteriore membro, quod explicationis loco subiicitur, hæc tantum verba subintelligamus, ex contractu actio contra heredem non competit, quæ verba prius præcesserant. Nec multum profuerit, si quis divinando detraxerit particulam, *veluti*, contra fidem Codicum: nam et tum idem contextus futurus est. Sed in posteriore membro totum prius repetendum est; tum optime ille locus cum aliis consentiet. Est ergo hic sensus: veluti, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem eius nihil pervenit, subaudi: fiet hoc casu, non ut actio semper contra heredem non competat, sed ut aliquando non competat, ut erat propositum. Verum est autem, cum defunctus dolo versatus est in contractu, aliquando in heredem actionem non dari; quod accidit in deposito, ut supra ostendimus. Idemque fieret, et si quis alius esset contractus, in quo ultra id quod creditori abest, constitueretur alicuius summæ persecutio.

Ad L. Qui Romæ. 122.

Scaevola libro XXVIII. Digestorum.

Qui Romæ mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres, eamque ibi dari stipulanti spopondisset: post paucos dies Romæ testato creditori dixit, paratum se esse Romæ eam numerare, detracta ea summa quam creditori suo usurarum nomine dederat. Quæsitum est, cum in integrum summam qua stipulatione obligatus est, obtulerit, an eo loco in quo solvenda promissa est, sua die integra peti posset. Respondit, posse stipulatorem sua die ibi ubi solvendam stipulatus est, petere.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Hypothesis proposita in princ. huius legis.*
2. *Quæstio, responsum Scævolæ, eiusque ratio.*
3. *Oblatio incongruo loco facta non liberat debitorem.*
4. *Oblationis effectus, ubi locus solutionis non est expressus.*
5. *Die certo nominatim solutioni dicto, an liceat debitori, pecuniam ante offerendo, usurarum præstationem evitare.*
6. *Dies usuris intervenientibus creditorisne, an vero debitoris caussa adiiciatur.*
7. *Pactio, ut, qui pecuniam post annum sub usuris promisit, an liceat ei ante annum invito creditore solvere, an valeat.*

1 DEbitor Romæ mutuam pecuniam accepit, solvendam in longinqua provincia, puta Ephesi, idque *per menses tres*; ut est lectio Pandectarum Flor. idest, ita solvendam, ut esset potestas solvendi per spatium trium mensium. Quo non significatur eam solvi posse particulatim distributis per singulos menses pensionibus hoc enim modo non solvitur tota per tres menses, sed partes tantum: de tota autem per tres menses solvenda convenit. Nec ad rem pertinet quod postrema pensione tertio mense soluta evenit, ut tota pecunia soluta intelligatur. Ideo enim hoc evenit, quia post tres menses incipit esse soluta: non quia per tres menses præcedentes soluta fuerit. Significatur igitur id cautum esse, ut pecuniam per tres menses, et quod idem est, intra tres menses solvere liceret, ut ante quidem non posset exigi, quam tres menses præteriissent; veruntamen et intra tres menses debitori potestas esset solvendi, si vellet. Quod consulto adiectum videtur, quia facit ad ambigendi caussam. Nam si dictum esset, post tres menses, posset dubitari, an non nisi finitis tribus mensibus posset solvi invito creditore. At ubi dictum est licere per tres menses, dubitatio est sublata: ostenditur enim intra eos menses tres etiam statim solvere licere: quod statim exigi non poterat, ut fieret, si pecunia accepta esset solvenda intra tres menses. *L. si ita fuerit*, 41. §. *ult. supr. de manu. test.* Convenerat autem etiam inter creditorem et promissorem de usuris præstandis, quas et debitor prærogaverat vel in menses tres tutos, quibus pecunia uti constituerat, vel in unum aut alterum mensem. Facultate statim solvendi ita accepta, uti supra scriptum est; hac usus debitor post paucos dies pecuniam obtulit creditori detracta ea summa, quam usurarum nomine dederat; idest, totam sortem, quam debebat, excepta ea summa, quam usurarum nomine prærogaverat, quod vellet eam summam in reliquum quod sorti deerat, imputari, utpote indebitam solutam. Sed obtulit Romæ contra legem stipulationis, qua actum erat, ut pecunia solveretur Ephesi. Quam ob rem creditor accipere recusavit. † Quæsitum est; 2
an sua die, idest, finitis tribus mensibus, integra peti possit eo loco, quo solvenda promissa est. Respondet Scævola peti posse. An quod hic fuit tantum debitoris oblatio, quæ sola nec debitorem a sorte liberat, nec inhibet cursum usurarum? L. *acceptam*, *C. de usur. L. obsignatione*, *C. de solv.* Minime: etsi enim oblatione sola non liberatur ipso iure debitor: tamen si pecunia recte oblata sine dolo malo eius perierit, exceptione doli mali tutus est. L. *qui decem*, *infr. de sol.* hic autem vult intelligi Scævola pecuniam ante oblatam suo loco peti posse omni modo, sive ea periisset debitori postea, sive non periisset. Sed etsi usuræ ita essent promissæ, si sors sua die soluta non esset, et sors sua die recte oblata esset, non committeretur postea usurarum stipulatio. L. *si per te*, *C. de us.* Scævola autem respondet in proposito pecuniam peti posse integram; significans in eam non imputari eam summam, quæ usurarum nomine prærogata erat; proinde et eam summam deberi cœpisse. Intelligit igitur Scævola in proposito nullo modo eam oblationem debitori prodesse, ne in iis quidem, quæ alioqui oblationi debitoris interdum tribui solent: scilicet quia non sufficit pecuniam obtulisse, nisi recte, idest, opportuno loco et tempore debitor obtulerit. *d.* L. *qui decem*, *infr. de sol.* Quod hic factum non est: obtulit enim ille quidem suo tempore, quia intra tres menses, ut potestatem solvendi acceperat: sed obtulit Romæ, quod ex stipulatione solvere debuit Ephesi. † Alio loco, quam in quo 3
solvenda promissa est, solvi pecunia invito creditore non potest. L. *pen. supr. de eo quod cer. loc.* L. *fideiussor*, §. 1. *infr. de sol.* si quidem locus non solius debitoris caussa adiicitur, sed etiam, et quidem maxime creditoris. L. 1. *et* 2. *supr. de eo quod cer. loc.* † Quid ergo, si hic locus 4
adiectus non esset? Iam dixi, potestate per tres menses sive intra tres menses solvendi data, quod hic factum proponitur, nihil fieri contra conventionem, sed maxime ex conventione, si pecunia etiam statim a debitore offeratur. Proinde si tum debitor

pe-

pecuniam statim offerret, diceremus usurarum stipulationem postea committi non posse: ideoque eam summam, quæ usurarum nomine data esset, quandoque imputari posse in sortem: hinc eventurum, ut sors quanta data esset, non posset a creditore peti integra, sed solum detracta ea summa, quam prius accepisset. Etsi enim sola oblatio sortis non interpellat cursum usurarum, quæ ex stipulatione semel deberi cœperint: L. *acceptam*, *C. de usur.* tamen rebus integris interposita, quominus usurarum stipulatio committatur, facit. L.
5 *si per te*, *C. de usur.* † Quid, si nominatim certus dies solutioni dictus esset, aut certum tempus, puta Calendis tertiis dabis? vel post tres menses dabis, an illi permittendum est pecuniam ante offerre, et evitare usurarum præstationem? Si dies etiam creditoris caussa adiicitur, non licet. L. *si ita relictum*, §. *Pegasus*, *supr. de legat.* 2. L. 3. §. *cum Polidius*, *supr. de usur.* si adiicitur caussa debitoris li-
6 cet. L. *quod certa*, *infr. de sol.* † Et vulgo putant usuris intervenientibus medii temporis, diem adiici creditoris caussa propter commodum usurarum. Proinde ante diem solvendo, debitorem usuras medii temporis evitare non posse. Quod mihi non probatur: apparet enim semper diem principaliter adiici differendæ solutionis caussa, dum id agitur, ut liceat debitori intra constitutum tempus negotium suum agere, et pecunia uti suo arbitratu. Per consequentiam autem fit, ut quoniam ante diem debitor pecunia utitur, etiam ante diem eius temporis usuras pro usu præstet. Porro in omni contractu spectare debemus initium contractus et caussam, non id quod fit per consequentiam. L. *si procuratorem*, *in princ. supr. man.* arg. in L. 1. *supr. de auct. tut.* Fateor usuras ante diem adiici creditoris caussa. Id quod præterquam quod res ipsa docet, etiam probat *L.* 2. §. *mea*, *supr. mand.* Sed per consequentiam, ut dixi, non principaliter: recta enim confertur dies ad solutionem sortis, cuius solius differendæ caussa aperte adiicitur: ad usurarum præstationem, si verba spectentur, nullo modo. † Quid tamen, si nominatim convenerit, ut qui pecuniam post annum sub usuris promisit, non liceret ei ante annum invito creditore solvere? Videtur non iniqua esse conventio: proinde servanda: et vero aliud statui posse non videtur sine stipulatoris iniuria. Nam si debitor aliis eam pecuniam elocare potest sub iisdem usuris, et locat: non est iniquum eum usuras reddere, quas accepit. Si non locat, culpa eius est. Factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum*, *infr. de reg. iur.* Et certe creditor iuste ita dicet; si pecunia mea uteris, usuras solve: si non uteris, ipse collocato, si velis: hanc ego molestiam nolo subire. Quod si debitor non reperit, quibus pecunias locet; æquum est hoc damnum ad debitorem potius pertinere quam ad stipulatorem: qui si pecuniam huic debitori non credidisset, potuisset in tempore habere alios, quibus crederet. Non est autem æquum cuiquam damnosum esse officium suum. *L. sed si quis*, *supr. test. quem ap.* 7

Ad §. Callimachus.

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria, civitate Beryto, usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis, et Brentesium perferendis, et quas Brentesio empturus esset, et per navem Beryto invecturus. Convenitque inter eos, uti cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembris, quæ tunc proximæ futuræ essent, aliis mercibus emptis, et in navem missis, ipse in Syriam per navigium proficiscatur: aut si intra diem suprascriptam non reparasset merces, nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam, quasi perfecto navigio, praestaret sumptus omnes persequentibus eam pecuniam ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus; et cum ante idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Erote conservo Stichi, quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit: quæsitum est, nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in navem misisset eo tempore quo iam pecuniam Brentesii reddere Romæ perferendam deberet: an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo mis-

missus erat, cuique nihil amplius de pecunia suprascripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret: et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur. Respondit, secundum ea quæ proponerentur, teneri. Item quæro, si Callimacho post diem suprascriptam navigante, Eros suprascriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel acquisitam adimere potuerit. Respondit non potuisse: sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocunque tempore in quemvis locum reddi.

SUMMARIA.

1. *Species facti.* et n. 3.
2. *Nautica pecunia, seu traiecticia quæ.*
4. *Quæstio huius loci, et responsum Scævolæ.*
5. *Verborum quorundam huius §. explanatio.*

1 Callimacho debitori mutua pecunia data est ea lege, ut Beryto, ubi accipiebatur, traiiceretur Brentesium usque: inde aut ipsa pecunia, aut merces ibi emptæ reportarentur Berytum: per omne autem id navigationis tempus ut pecunia esset credita periculo creditoris, nec ante pecunia accepta debeatur, quam navis salva Berytum rediisset. Quod posterius factum esse ex verbo nauticæ pecuniæ, qualis hic fuisse
2 pecunia proponitur, intelligimus. † Nautica enim pecunia eadem est, quæ et dicitur traiecticia L. 1. *et L.* 3. *supr. de nau. fœn.* Est autem traiecticia pecunia, quæ datur, ut in certum locum navigatione traiiciatur periculo creditoris. *d. L.* 1. *L. fœnerator, vers. sed cum, de naut. fœn.* Inde traiecticiæ et nauticæ nomina, quod ea pecunia et traiiciatur, et id fiat ut navigatione, ita et nautarum opera. Quæ hic in specie facti de hypothecis interseruntur, ad quæstiones hoc lo-
3 co propositas nihil pertinent. † Sed quod præcipue pertinet, superioribus conventio adiecta est, ut sic per illud navigationis tempus pecunia, uti convenit, esset nautica, idest, periculo creditoris, si Callimachus merces Brentesii emptas mitteret in navem ante Idus Septembres proximas, et ante easdem enavigaret, idest, solveret portu Brentesio. Quod ni fecisset; ut continuo redderet universam pecuniam periculo suo exinde futuram, quasi perfecta iam navigatione. Quod Andreas Alciatus *Lib.* 10. *Parer. C.* 19. docte animadvertit a creditore adiectum esse propter difficultatem et periculum navigationis, quod insequi solet mensem Octobrem et sequentes, dum cavet, ne id periculum navigationis in pecunia subeat. Mutuo ita contracto, atque his conventionibus ita interpositis accidit, ut Callimachus contra conventionem enavigaret Brentesio post Idus: factum tamen id consensu Erotis servi, qui a creditore missus erat cum Callimacho ad pecuniam, si opus esset, repetendam. † Nave postea submersa quæsitum est, an Callimachus pecuniæ acceptæ 4
nomine teneatur. Respondet Scævola, quod est in promptu, non teneri. Cum enim promiserit se eam pecuniam redditurum, si quid non præstitisset: certum est eo non præstito committi stipulationem, cuius conditio exstiterit. Sed pro Callimacho faciebat Erotis consensus. Quæritur igitur, an quid Callimacho is consensus prosit. Respondet Scævola, quod et ipsum est iuris explorati, si de prorogando enavigandi tempore nihil Eroti nominatim mandatum esset, eum actionem domino quæsitam paciscendo adimere non potuisse: quod ius traditur in *L.* 3. *L. filius, C. de pac. L. contra* §. *ult. sup. de pac.* Quod si quid de eo mandatum esset Eroti; teneri quidem Callimachum ipso iure, quia stipulatio semel commissa pacto non tollitur: *L. si unus*, §. *pactus, supr. de pac.* sed petenti obstaturam pacti seu doli exceptionem: quod et ipsum de vi pacti diserte traditum est in §. *præterea, Inst. de exc.* † In verbis facti quod hic refertur, hæc 5
observanda sunt. Nautica pecunia hic nominatur *in principio*: quæ sit, initio diximus. Brentesium hic dicitur, quod Latini Brundusium appellant, more Græco, ut recte annotavit eodem in loco Alciatus. Reparare merces, quibus verbis et Scævola utitur, est prioribus venditis alias emere: atque hoc modo iterum parare. *L. quidam, in princ. supr. de in rem vers.* In primis notandum Seium, qui nominatur *in principio*, eundem esse, qui vocatur postea Lucius Titius in illis verbis, *eaque sic recte dari.* Animadvertenda etiam lectio Pandectarum Flo. in illis verbis, *et cum ante Idus.* quæ ostendit Callimachum ante Idus Septembres enavigasse Brentesio mercibus in navem missis: utrumque secundum conventionem: quod paulo post factum negatur in *vers. quæsitum.* et ita negatur, ut factum non esse Scævola confirmet responso suo; utpote qui di-

dicat stipulationem esse commissam. Unde apparet priorem illam lectionem esse vitiosam, eique deesse negationem: quod et ipsum recte observavit Alciatus eodem illo capite. Sed ille ita legendum putat ex vulgari lectione, *et cum non ante Idus enavigaverit*, ubi et additur particula, *non*, *et pro enavigavit*, reponitur, *enavigaverit*. Minus recedetur a Florentina lectione, si retento eodem verbo enavigavit, et nulla extrinsecus accersita negatione, particula, cum, mutetur in non, ut sit lectio, *et non ante Idus enavigavit*: ubi et optime constat oratio, et nihilominus eadem sententia efficitur. Quidam satius putant horum locorum conciliandorum caussa priorem lectionem Pandect. Florentinarum retineri, et emendari illa verba, quæ postea sequuntur; *cum secundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in navem misisset eo tempore*; et pro his ita legi; *merces Berytum perferens in navem mansisset eo tempore*; ut significentur Callimachum merces quidem misisse in navem ante Idus, sed cum mansisset in nave, non enavigasse ante Idus secundum conventionem. Quod nullo modo recipiendum videtur, nam prior illa lectio Florentina non tantum indicat Callimachum merces misisse in navem ante Idus, sed etiam ante enavigasse. Deinde in posteriore; quæ restituitur, non potest recte dici Callimachus perferre merces Berytum, qui in portu adhuc, et in nave maneat; sed recte manere in nave perlatis eo iam ante mercibus.

Ad §. Flavius Hermes.

Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis caussa donavit, et ita de eo stipulatus est: *Si homo Stichus de quo agitur, quem hac die tibi donationis caussa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus, vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes: spopondit Claudius.* Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. Respondit nihil proponi, cur non potest.

Item quæro, an si Flavii Hermetis heres a Claudii herede pœnam suprascriptam petere voluerit: Claudii heres libertatem Sticho præstare possit ut pœna liberetur. Respondit posse.

Item quæro, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex caussa suprascripta nolit agere, an nihilominus Sticho libertas ex conventione quæ fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione suprascripta ostenditur, ab herede Claudii præstari debeat? Respondit debere.

SUMMARIA

1. *Species facti.*
2. *Donator, qui subiecta pœnæ stipulatione servum donavit ea lege, ut eum donatarius manumitteret, an adversus donatarium de libertate recte experiatur.*
3. *Constitutio, qua servis venditis ea lege, ut manumittantur, non servata fide libertas ipso iure datur, etiam ad vos eadem lege donatos pertinet.*
4. *Servus donatus hac lege, ut vindicta manumitteretur, sine manumissione ex constitutione liber non fit.*
5. *L.* 3. *et L. ult.* C. Si manc. ita fu. al. *quando locum habeant.*
6. *Donatarii heres, si servo non manumisso donator heresve eius pœnam petere voluerit, an servum manumittendo pœnam evitare possit.*
7. *Donatore eiusve herede in proposito de libertate non agente, an servo libertas a donatario heredeve eius nihilominus præstanda sit.*
8. *Donatore heredeve eius agere cessante quis qua actione de libertate agat.*
9. *Regula generalis, Alteri per alterum actionem quæri non posse, quomodo sit accipienda.*
10. *Servos in quibusdam caussis in iudicio consistere posse.*
11. *Iudicii in præsenti casu exitus quis.*

1 FLavius Hermes hominem Stichum donavit Claudio manumissionis caussa, id est, ea lege ut servum manumitteret. Sed donavit non cuiusvis manumissionis caussa, verum ita ut manumitteret eum vindicta, ut ex subiecto exemplo stipulationis intelligitur: quam genus manumissionis non transigitur, nisi apud Magistratum. *L. an apud, L. pater, supr. de mand. vind.* Ex hac conventione dubitandum non est, quin agi possit Iure Civili. Nam etsi stipulatio secuta non esset: tamen negotium civile gestum est: ex quo nascitur servo non manumisso præscriptis verbis actio in id, quod donatoris interest, aut rei donatæ condictio. *L. naturalis*, §. *at cum do*, *supr. de præs.*

præs. ver. Nunc autem ut de actione in id quod interest, non valde laboretur, subiecta hic est poenæ stipulatio, qua donator stipulatur centum, si Claudius servum non manumisisset. Hanc poenam servo non manumisso ex stipulatu peti posse certum
2 est. Sed tria hic quæruntur. † Primum an possit donator Claudium de libertate convenire: idest, ob libertatem hoc nomine, quod Claudius servum non manumiserit. Scævola respondet nihil proponi, cur non possit. Imo hic videntur aperte duo impedire: unum, quod conventioni manumissionis caussa interpositæ stipulatio poenalis subiecta est: alterum, quod Stichus sua sponte videtur liber fieri ex constitutionibus sine alia manumissione. Et subiecta quidem poenæ stipulatione a priore conventione recessum, eiusque quasi novationem fieri simili in specie traditum videtur in L. *obligationum*, §. *ult. supr. de obl. et act.* Sed iam ante monui ad L. *ita stipulatus*, *circa fin. supr.* observandum esse id tum dici eo loco, cum duæ sunt stipulationes; prior faciendi; posterior poenæ, si id factum non sit, de quo priore stipulatione cautum erat. Ostendi ei sententiæ locum esse, cum prius convenit tantum, utquid fieret sine stipulatione, idque probari in *L. duo. societatem.* illic, *sed quoniam.* supr. *pro soc. et* L. *prædia*, *supr. de act. empt.* id ipsum et in specie hoc loco proposita factum videmus. Quocirca et hunc locum accedere oportebit ad eiusdem sententiæ confirmationem. Differentiæ rationem illic exposui. Nam ut dicamus poenali stipulatione faciendi conventioni subiecta tunc novationem non fieri, cum minus est in stipulatione poenali, hic locus pati non videtur, ubi ostendit Scævola non fieri novationem; et tamen apparet plus esse in poena, quam in conventione præcedente, aut certe tantundem. Constat enim pecuniariter nihil interesse donatoris servum donatum, utpote alienum manumitti; nisi prius donator poenam alii promiserit, si servus manumissus non esset. Nec obstat, quod libertas æstimabilis quædam res est. *L. libertas*, *infr. de reg. iur.* Nam hoc ipso dicimus hic nihil interesse donatio pecuniariter, quia nihil est, quod possit æstimari. Quod ad libertatem Stichi donati attinet, extant constitutiones, quibus cavetur de servis venditis, ut si quis venditus sit ea lege, ut manumittatur, non servata fide continuo ex ipsa constitutione sit liber. L. 3. L. *ult.*
3 *C. si manc. ita fue. al.* † Ad servos venditos dicet aliquis, hæ constitutiones pertinent, non ad donatos. Imo constitutio Marci Imperatoris, qua primum de servis hac lege venditis superius ius constitutum est, ut declarat *d.* L. 3. *C. si manc. ita fu. al.* citra hæsitationem sic accepta est, ut placeret ad servos eadem lege donatos pertinere. *L. pen. supr. qui ma. ad lib. per.* L. *caussam*, *supr. de manu. L.* 1. *C. si man. ita flu. ali.* Nondum id obtinuerat temporibus Scævolæ, inquies. Hoc quidem divinare est, non dicere. Sed et illud verisimile non est Papinianum incunctanter ex sententia superioris legis ad servos donatos argumentari: *d. L. pen. supr. qui si ma. ad lib. per.* hanc autem sententiam Scævolæ summo Iurisconsulto, et qui Marci Imp. Consiliarius fuit, ut scribit Lampridius in *Mar. Philosopho*, cognitam non fuisse. Ac demus etiam illi non fuisse cognitam, atque id ius postea translatum esse ad servos donatos: semper in eodem luto hærebimus. Nam quæ hic dicuntur sub persona Scævolæ, ex Iustiniani persona accipienda sunt: ut ex eius voluntate veram esse oporteat et Scævolæ sententiam hoc loco, et nihilominus constitutiones superiores. *L.* 1. §. *omnia*, L. 2. §. *tanta*, *C. de vet. iur. enucl.* Quod et nobis admittendum est, nec quominus id fiat, ulla repugnantia horum locorum impedimur. Observandum est enim, quod Duarenus hoc loco recte animadvertit, in proposito Stichum donatum esse manumissionis quidem caussa, sed non simpliciter manumissionis, verum ut manumitteretur vindicta.
† Qui hac lege donatus est, verum est ex 4
sententia Scævolæ hunc sine manumissione ex constitutione liberum non fieri: et ideo de eius libertate adhuc agendum esse. Alioqui eveniet, ut sine vindicta liber fiat, quem donator vindicta liberum fieri voluit, atque ita fiat contra conventionem et voluntatem donantis, eius ipsius, qui manumissioni legem dixit: quod non est consilium constitutionum. Lex enim eum, qui venditus est ea lege, ut manumitteretur, transacto constituto tempore liberum esse iubens, id agit, ut voluntatem secuta donantis domini hanc confirmet, non ut contra voluntatem faciat. † Et ideo tunc so- 5
lum eas constitutiones locum habere observandum est, cum quis venditus est ea lege, ut manumitteretur; ut manumitteretur, inquam, conventione indefinite interposita, non ut manumitteretur nominatim hoc aut illo modo. *d. L.* 3. *L. ult. C. si manc. ita fu. al.* Qui hac lege datus est, ut manumittatur quovis modo non fit liber contra conventionem, si fiat liber ipso iure.
† Secundo loco hic quæritur, servo non 6
ma-

manumisso si donator, heresve eius a Claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, possitne Claudii heres servum manumittendo poenam evitare. Servo non manumisso pœnam ex stipulatione esse commissam, et peti posse, pro certo habet Scævola: et recte, postquam conditio stipulationis exstitit. Intra quod autem tempus servus ex proposita conventione manumitti debeat, traditur in *L. ult. supr. qui si ma. ad lib. per.* Sed an qui poenam semel debere coepit, possit eam suo facto evitare, hoc est, quod habet dubitationem: *cur enim debitor facto suo suam obligationem tollat*, inquit Paulus? *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *supr. eod.* De herede autem Claudii potius quærit Scævola, quam de Claudio ipso, ut intelligeremus, si hoc quod quærit heredi facere licet, multo magis Claudio, idest, auctori ipsi facere licuisse. Respondet Scævola etiam heredem libertatem Sticho præstare posse, eoque facto liberari. In quo expressit certi iuris sententiam, pœna certæ pecuniæ semel commissa ob id, quod factum non est, quod fieri debuit, debitorem heredemque eius postea offerendo, quod debuit, poenæ petitionem evitare: de qua sententia diximus ad *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.* Constuitur autem in *L. si insulam*, *supr. L. 1. supr. de pe. leg. L. cum sine, supr. quan. di. leg. ce.* Quod sic accipiendum esse docuimus, si id quod fieri debuit, promissum sit sine præfinitione temporis. *L. traiecticiæ*, *sup. prox. tit. d. L. cum sine*, *quan. di. leg. ced.* ut fit in hac specie, ubi actum est, ut servus manumitteretur nullum intra certum
7 diem. † Tertium quæritur, si hic neque donator, neque donatoris heres agant de libertate, an nihilominus libertas servo ex conventione præstanda sit vel a Claudio, vel a Claudii herede. Respondet Scævola
8 uno verbo præstari debere. † Quæro, quo agente? et si nullus alius est, qui agat, restat, ut intelligamus id fieri debere agente servo. Qua actione? dicendum est eadem, qua ageret donator ex supra scripta conventione: ut hæc donatori primum quæsita deinde post eius voluntate ab ipso in servum transferatur: non directa, sed utilis: sicut evenit et tunc, cum quid donatum est alicui ea lege, ut is rem Titio restitueret. Nam et hic placuit condictionem rei donatæ utilem Titio ultro dari, quæ prius donatori ipsi quæsita esset, ut ab illo in Titium translata. *L. quoties*, *C. de donat. quæ sub mod.* Sed hic duo obstant servo: regulæ iuris de actione alteri acquirenda, et conditio personæ. Iure nemo alteri pacisci aut stipulari potest, ut alter suo nomine agat. *L. quæcunque gerimus*, *supr. prox. tit. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* Generalis etiam traditum est alteri per alterum actionem quæri non posse. L. 1. *C. per quas per. L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infr. eod.* Servi autem conditione personæ iudicio interesse non possunt. *L. servus*, *C. de iud.* Sed nihil horum actionem superiorem impediet: nam primum donator in hac specie nihil paciscitur, aut stipulatur servo, sed sibi, ut sic ab ipso actio illi quæsita in servum qui manumitti debuit, transeat. † Et quod dicitur generaliter alteri per alterum actionem quæri non posse; sic accipiendum est, ut non possit directa: nam utilis potest hoc modo, si quis actionem prius in persona sua constitutam in alterum traslatam velit, ut declaratur exemplis *dict. L. quoties*, *C. de do. quæ sub mod.* L. *pen. C. ad exhib.* qua de re diximus plura ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* † Quod attinet ad conditionem personæ, non est perpetuum, ut servus in iudicio consistere non possit. Quædam caussæ excipiuntur, quæ referuntur in L. *vix certis*, *supr. de iud.* in quibus est illa, cum de libertate adversus dominum agitur. † Iudicii exitus erit, ut Iudex iubeat dominum manumittere. Quod si non facit, servus iure pro libero habebitur. Arg. in L. 5. *supr. de man.* L. *non tantum*, §. *Senatusconsulto*, *supr. de fid. lib. L. qui se supr. de iud.* *Ad L.*

9

10

11

Ad §. Coheredes.

Coheredes cum prædia hereditaria diviserant, unum prædium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successori venderet centum vigintiquinque. Quod si quis aliter fecisset, pœnam centum invicem stipulati sunt. Quæro, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores sæpius testato convenerit, et desideravit ut secundum conventionem aut ement, aut vendant: hique nihil tale fecerint: an si mulier extero vendiderit, pœna ab ea centum exigi possit. Respondit, secundum ea quæ proponerentur, obstaturam doli mali exceptionem.

SUMMARIA.

1. *Cautionis inter coheredes interpositæ, ut si quis eorum prædii communis partem vendere velit, eam coheredi suo vendat, effectus.*
2. *Definitio generalis. Pro soluto habendum esse id omne, in quo accipiendo creditor moram fecit.*
3. *Pœnæ ex compromisso debitæ alia, alia eius, quæ quavis alia ex caussa promittitur, est conditio.*
4. *Prætio certo in cautione superiori non constituto, si quod nimium prætium exigit promissor, id coheredi displiceat, an impune extero vendere liceat.*
5. *Coheres ut emeret semel interpellatus, si emere neglexerit, an sine pluribus interpellationibus tuto partem alii promissor vendat.*
6. *Coheres, qui ex conventione debet partem suam vendere, an idem offerente coherede partem suam, eam emere cogatur.*
7. *Tutores, an partem pupilli sine decreto recte vendant.*
8. *Exceptio doli in proposito qua conditione ei, qui partem suam contra conventionem alii vendidit, detur.*
9. *Conventio, ne cui rem suam, seu partem rei suæ alienare liceat, an utilis.*

1 QUI in re communi hereditaria cavit coheredi suo se partem suam, si alienare voluisset, coheredi vel heredi eius venditurum centum, et si aliter fecisset, promisit poenam; placet eum etsi alii vendiderit, non teneri, si prius denunciavit coheredi: ut emeret, et ille emere neglexit. Sic tamen non teneri, non ut non teneatur ipso iure, sed ut si poena ab eo peti coeperit, is doli mali exceptione defendatur. Quod ait Scævola promissori hoc casu exceptionem dari: declarat ipso iure commissam esse poenam, non est enim exceptio, nisi adversus intentionem Iure Civili comparatam. *Instit. de excep.* Et recte dicitur poena esse commissa: fuit enim promissa sub conditione, si promissor partem suam coheredi non venderet: quæ conditio tunc extitit, cum ille alii vendidit. Sed nihilominus recte placet, si coheres poenam petat, obstaturam petenti doli mali exceptionem: quoniam non vendidit quidem promissor partem suam coheredi, uti verbis convenerat: sed id fecit, quod tantundem valet: obtulit enim illi, ac per eum stetit,
2 quominus emeret. † Quo loco hæc in universum definitio notanda est, pro soluto habendum esse id omne, in quo accipiendo creditor moram fecit: quæ traditur in L. *qui decem, infra de sol.* Congruit et illud, quod dicitur in *L. Celsus supr. de recep.* poenam ex compromisso non committi, si per creditorem stetit, quominus reus daret, quod sententia iussus erat dare. Nisi quod sententia in eo pugnare videtur cum hoc loco, quod illic dicitur poenam etiam non committi, quam hic committi dicimus. † 3
Sed conditio rei, et stipulationis utrobique hanc interpretationem exigebat. Alia est enim conditio poenæ ex compromisso debitæ; alia eius, quæ promittitur ex alia quavis caussa. Poena ex compromisso promittitur hac conditione, si quis non stet, seu non pareat arbitri sententiæ. *d. L. Celsus, vers. pen. L. diem proferre, supr. de recep.* Is porro videtur parere sententiæ, non tantum qui facit, quod iussus est, sed etiam qui se facere paratum esse ostendit. Hoc enim *parere* positum est in propensione voluntatis. Hic autem et aliis similibus in caussis promittitur poena, si quid aliud promissor non fecerit, quod tunc solum videatur factum, cum re vera perfectum est, non cum promissor factum voluit: utputa si rem coheredi non vendiderit: verum est enim eum non vendidisse coheredi, qui alii vendidít. Proponitur hic convenisse inter coheredes, ut qui partem suam alienare vellet, eam venderet coheredi suo nominatim adiecto certo pretio centum viginti quinque. † Quid, si simpliciter con- 4
venerit, ut eam venderet coheredi nullo certo pretio tum constituto, et dum nimium pretium exigit a coherede, id coheredi non placet; an licet ei impune alii vendere? receptum est non statim licere, sed videndum esse, an sit alius emptor, quod semper hic futurum est, ubi de eo agi-

agitur, qui partem suam alii vendit: quantum ille offert, tanti posse et coheredem emere, pluris non cogi. Idque defenditur exemplo eorum, qui iubentur constitutionibus rem suam, quam alienare velint, vendere alicui, quod in emphyteuta constitutum est *L. ult. C. de iur. emp.* Proponitur præterea hic promissor interpellasse
5 coheredis liberorum tutores sæpius. † Quid, si semel interpellatus coheres ut emeret, aut ii ad quos ea res pertinet, non emerint, et præterierit tantum tempus, intra quod possent pecuniam expedire: an non poterit promissor tuto partem alii vendere? Nihil caussæ est, cur non possit. Semper enim illud tenendum est, pro soluto esse id, in quo accipiendo creditor moram fecerit. *d. L. qui decem, infr. de sol.* Is autem moram facit, qui recusat accipere, ut primum recte interpellatus recusaverit. *d. L. qui decem, L. mora, supr. de usur.* Porro qui semel moram facit, is perpetuo facere perseverat, nisi eam purget. *L. Titia Seio, §. usuras, supr. de leg.* 2. ut consequens sit semel interpellato creditore, non esse deinceps pluribus interpellationibus opus, ut moram faciat: idemque et in debitore dicendum est. Non obstat hic locus, in quo plures interpellationes interpositæ proponuntur: sic enim proponuntur a consultore, quia ita res inciderat, facitque ad augendam frustrationem heredum coheredis. Cæterum ad necessitatem iuris plures interpellationes non pertinent. Animadvertendum et illud in specie facti, quod dicitur promissor denunciasse tutoribus heredum, ut secundum conventionem aut emerent, aut venderent. Atqui conventio solum hæc fuisse proponitur, ut promissor partem suam coheredi suo, vel eius
6 successori venderet. † Quæro igitur, an qui ex conventione debet partem suam vendere, idem offerente coherede partem suam, eam emere cogatur. Respondeo nihil proponi, cur cogi possit: aliud est enim longe suum vendere, aliud alienum emere. Itaque hic denunciatur secundum conventionem, ut tutores liberorum partem promissoris emant; illud extra conventionem, ut vendant liberorum partem. Quod si proponitur promissor id desiderasse, ut alterutrum fieret secundum conventionem, intelligendum est hoc quoque ita proponi, quia promissor in denunciando id dixerit se petere secundum conventionem: sed ita, ut ab illo per errorem factum sit, non quia ita denunciare necesse habuerit. † Item quæro, an hac denunciatione provocari tutores, si partem liberorum malint vendere, iure eam alienare possint: cum prædia minorum alienari sine decreto vetent constitutiones. *L. 1. supr. de reb. eo. qui sub tut. vel cu. sunt.* Respondeo non posse, si de parte sua vendenda defunctus nihil cavit. Sin lex dicta est, ut uno volente partem suam alienare, et eam offerente coheredi suo, coheres aut eam emat, aut suam vendat: dubitari potest. Sed putem hic quoque necessarium esse decretum Magistratus, quia non sit necessaria partis alienatio; cum possint tutores alteram partem emendo liberari. Utrum igitur utilius sit pupillus fieri, Magistratus existimabit. *L. 5. §. non passim, et seq. supr. de reb. eo.* † Notandum est autem, 8
quæ hic exceptio doli datur ei, qui partem suam contra conventionem alii vendidit, hac conditione dari, si prius coheredem; seu coheredis heredes convenerit, et desideraverit, ut secundum conventionem emerent. Unde intelligimus, si sine hac denunciatione partem suam vendidisset promissor, poenam ab eo utiliter peti posse, proinde et iustam esse stipulationem: qua poena hac conditione promissa sit, si promissor partem suam alii vendidisset, si partem suam alienasset. † Sed an ipsa con- 9
ventio, ne cui rem suam, seu partem, rei suæ alienare liceat, per se sit utilis, quæsitum est. Et dubitari non debet, quin valeat hæc quoque, sive in traditione rei nostræ interposita sit, sive deducta sit in stipulationem. Nam præterquam quod nominatim confirmatur in *L. 3. C. de cond. indeb. L. qui fundum. 75. supr. de con. em.* constat pactionem esse de re privata et familiari; cuius generis conventiones omnes si nihil aliud obstet, valere certum est. *L. iurisgentium, §. si paciscar, supr. de pact.* Sed ex hoc loco non colligitur, quantumvis placeat poenæ stipulationem ei conventioni subiectam valere: nihil enim prohibet, quominus inutiliter stipulemur quid fieri, veluti alium daturum, facturumve, vel alii dari, et tamen poenam utiliter stipulemur, si id factum non fuerit. *L. stipulatio ista, §. 1. et §. alteri, supr. eod.* Proinde ut de vi et effectu huius conventionis plura dicantur, deque iis locis, quæ in hac specie non nihil dissidere inter se videntur, ad hunc locum non pertinet.

Ad §.

Ad §. Agerius.

Agerius filiusfamilias servo publii Mævi stipulanti spopondit se daturum quidquid patrem suum Publio Mævio debere constitisset. Quæsitum est patre defuncto antequam constitisset quid quantumque deberet: an si adversus heredem eius actum fuisset, aliumve successorem, et de debito constitisset, Agerius teneatur. Respondit, si conditio non extitisset, stipulationem non commissam.

SUMMARIA.

1. *Species huius* §.
2. *Sententia veterum Interpretum contra recentiores defensa.* et n. 4.
3. *Rationes, quæ pro vulgari opinione tuenda adduci solent, refelluntur.*
5. *Scævola defenditur.*

1 PRoponitur Agerius filiusfamil. promisisse se daturum, quidquid patrem suum debere constitisset. Quod sic accipiendum est, quidquid constitisset postea, ut intelligatur promisisse his verbis, quidquid patrem meum debere constiterit, vel constabit. Id etsi non satis exprimitur hoc loco: tamen ex responso Scævolæ satis intelligitur speciem ita positam fuisse. Sic enim de ea respondet, quasi in ea fuerit conditio, et eiusmodi conditio, quæ potuerit postea existere. Si *conditio*, inquit, *non extitisset*, *stipulatio non est commissa.* Neutrum horum esset, si promisisset Agerius, quod patrem iam ante debere constitit: conditio enim in præteritum concepta ut rem non differt, si nec re vera conditio est. L. *conditiones*, *L. si ita stipulatus.* 120. *supr. eod.* Stipulator idemque creditor patris cum patre non egit, aut certe ita egit, ut vivo eo de debito non constaret. Moritur pater aliis heredibus relictis, quam Agerio filio; sive quod Agerius exheredatus esset, sive quod institutus repudiasset hereditatem. Cum his heredibus patris egit stipulator, et probavit, quantum sibi pater debuisset. Sed sive quod comperiisset postea eos heredes solvendo non esse, sive quod essent homines litigiosi, sive quod quavis de caussa constituisset cum Agerio experiri; cœpit cum illo agere ex suprascripta stipulatione, ut solveret, quod pater debuisset. Negat Agerius se ea stipulatione teneri: quæritur, an teneatur. Respondet Scævola, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam. *Si* pro *quia*; ut breviter intelligatur hoc dicere; in his verbis, quod patrem debere postea constiterit, inesse conditionem. Hanc non exstitisse. Ideo stipulationem non esse commissam. † Fuit hæc, ut videtur, sententia Rogerii, quæ refertur in *glossa* Accursii, probata a Bartolo et aliis veteribus interpretibus, sed magno consensu repudiata a magnis interpretibus Andrea Alciato *lib.* 1. *Dispunc. C.* 13. Connano *lib.* 6. *Comment. iur.* Duareno hoc loco, et in *Comment.* Scævola. Ego autem puto eam sententiam cum per se verissimam esse, tum verbis huius loci convenientissimam, nec minus dignam iudicio et prudentia Scævolæ. Principio in his verbis, qnidquid patrem debere constiterit, seu constabit, dubitandum non est, quin insit conditio hæc, si patrem debere constiterit postea: est enim in his demonstratio in futurum collata: cuius generis demonstratio omnis conditionem habet. *L.* 6. *supr. de L.* 1. Iam vero non difficile est docere superiorem conditionem hic non exstitisse: nunquam enim conditio pro impleta habetur, nisi plane ad eum modum impleta sit, quem verba conditionis præscribunt. *L. qui heredi*, *supr. de cond. et dem.* Id quod in proposita conditione mortuo patre contingere non potest. Stipulator namque mortuo patre probans de debito efficere potest, ut constet patrem, dum viveret debuisse: illud nunquam perficiet, ut constet patrem debere: quod verba conditionis exigebant: mortuus enim ut non est in rerum natura, ita nec quidquam abere, aut pati dici potest. Sed hic occurrunt eruditi homines: aiunt enim subtilitatem hanc verborum esse indignam viris bonis et Iurisconsultis: cum in re idem sit debitum, et quod vivus probatur debere, et quod mortuus probatur debuisse. Ego interpretationem verborum esse contendo convenientem omnium iuris auctorum scriptis et præceptis, quæ sunt de implendis conditionibus: qua eadem neglecta magna iniuria afficiatur Agerius, ut in re ipsa permagni referat hanc potius admitti. Constat enim ex *d. L. qui heredi*, *supr. de cond. et dem.* si quis conditione sibi adscripta aliter facit, quam verba conditionis exprimunt, etiam si id eundem effe-

fectum habeat; tamen conditionem pro impleta non haberi. Quanto minus habebitur pro impleta, si id quod fit, eandem vim et eundem effectum non habet? Quod in hac specie accidit. Multum enim in re ipsa interest, utrum vivo patre agatur, et constet de debito; an vero id fiat mortuo patre. Si quidem pater habere potuit exceptionem aliquam aut pacti, aut rei iudicatæ, aut similem, qua consequeretur vivus, ut constaret eum multo minus debere: hæ possunt ignorari ab herede: atque his prætermissis fit, ut constet id deberi, quod re vera non debebatur. Id non fieri cum adeo intersit Agerii: magnam iniuriam illi facimus, si debito post mortem patris probato perinde id accipimus ad conditionem inplendam, quasi vivo patre de eo constitisset. Verumtamen reprehenditur ab illis hæc sententia aliquot argumentis, quæ nos ordine diluemus.
3 † Prima hæc ratio est Alciati: Conditio impleta, inquit, retro trahitur, idest, perinde habetur, ac si impleta esset eo tempore, quo stipulatio interposita est. *L. potior, supr. qui pot. in pig.* ergo etsi conditio mortuo patre extiterit, perinde erit, ac si patre vivo extitisset. Hoc enim vivente interposita fuerat stipulatio. Recte Alciatus, si quidem conditio in proposito mortuo patre extitisset. At hoc ipsum quæritur, an extiterit. Hoc ille pro confesso sumit, quod ei præcipue probandum erat. Nos quidem negamus: et falsum esse supra ostendi. Altera eiusdem Alciati ratio est, quod si quid probatur heredem ut heredem facere, id quod probatur defunctum fecisse et facere: quod non ita est, Illud enim recte dici concedo, si quid probetur heres habere, simul etiam probari defunctum idem fecisse, idest, idem debuisse, utpote a quo obligatio in heredem descenderit. At illud, quod adiicit, etiam videri defunctum idem facere, de quo nunc quæritur, perspicue falsum est; neque enim natura patitur, ut qui non est, intelligatur quidquam facere aut debere. Imo, inquit ille, etiam defunctus facere et debere idem intelligitur, quia heres iure eadem persona esse existimatur cum defuncto. *novel. de iur. a mor. præst.* Sed hoc dictum hanc significationem habet, ut si quid factum sit, aut profectum a defuncto, id quoque videatur factum ab herede, quia heres in ius et locum defuncti successerit. *L. quædam, supr. de eden.* At non idem valet ex contrario, ut dicamus, quod fit ab herede, id transire ad defunctum, atque hac ratione a defuncto fieri. Ut enim non fert natura, ut videatur, qui non est, quidquam facere aut pati: ita eadem natura simul et ius repugnant, quominus quidquam ab herede redeat ad defunctum; cum defunctus heredi non succedat, sed heres defuncto. Tertium argumentum est Connani. Ille ait nihil interesse, utrum Agerius promittat, quod pater debet, an vero quod patrem debere constiterit: propterea quod etiam si promittat solum, quod pater debet; tamen non possit conveniri, nisi cum patrem debere constiterit. Sed et hoc manifeste falsum est, nihil differre inter se has stipulationes; cum prior aperte pura sit, certe conditionem habeat in præsens conceptam, quæ stipulationem non suspendit: L. *conditiones, supr.* Posterior autem conditionem habeat conceptam in futurum, quæ ita rem differt, ut nisi extiterit, nihil debeatur. §. *sub conditione, Inst. eod. L. cedere, infr. de verb. sig.* Nec ad rem pertinet, quod cum eo, qui promisit, quod pater debet, non potest agi efficaciter prius, quam constiterit patrem debere. Non enim eo minus statim obligatur, etiam si ignoretur, quantum pater debeat. Nam et is, qui promisit sub hac conditione, si Rex Parthorum vicit, conveniri utiliter non potest prius, quam constiterit Regem Parthorum vicisse. Neque eo minus pure obligatio cotracta est, si iam ante Rex Parthorum vicerat. §. *conditiones, Inst. eod.* Postrema ratio exoritur Duareno in *Commentario*, Scævola. Illa enim ita statuit, implementum conditionis transire ad heredes. Ex quo effici vult in proposito Iudicem in re dubia contra promissorem pronunciare debere, si mortuo patre de debito patris constiterit: significans hoc modo conditionem extitisse, ac proinde commissam esse stipulationem. Ergo ille hoc intelligit, quod a defuncto aut cum defuncto factum prodesset ad implendam conditionem, idem si ab herede aut cum herede fiat, eandem rem prodesse. Id nos negavimus iam ante, et nunc constanter negamus, refelliturque aperte multis et certis locis, ut *L. si decem cum petiero, sup. eod. L. si ita expressum, supr. de cond. et dem. L. fideiussor, §. ult. infr. de fid.* Ex quibus liquet omnem conditionem in factum alicuius certæ personæ collatam, id esse, quod dicitur apertius in *L. qui heredi, supr. de cond. et dem.* facti nimirum, et personæ cohærere, ut si ea persona decedat nondum impleta conditione, non possit amplius conditio impleri ne in heredibus quidem. Quod sit in ulla conditione dici potest, in ea maxime locum habet, quæ hoc loco proponitur: quod enim patrem debere constabit, sic in viventis perso-

sonam confertur, ut in mortuum non possit cadere. Utitur tamen ille ad confirmationem superioris sententiæ argumento §. *ex conditionali*, *Inst. eod.* nec temere, si verborum generalitatem sequimur. Sic enim verba sunt: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri*, *eamque ipsam spem in heredem transmittimus*, *si prius quam conditio exstet*, *mors nobis contigerit.* His verbis, *spes est debitum iri*, certum est significari spem esse fore, ut conditio existat; quoniam hac non existente nihil potest deberi. Quod si hanc spem ad heredes transmittimus, et verba generalia sunt ad omnem conditionem pertinentia; dicendum est etiam ex stipulatione, quæ sub conditione potestativa contracta sit, spem huius conditionis implendæ transmitti ad heredes. Neque vero aliter potest transmitti, quam si heredes eam implere possint: nam aliis implere non licet. Sic fit, ut conditio quamvis potestativa, quæ a defuncto impleri poterat, etiam ab herede ex sententia superiorum verborum possit impleri. Et hæc secundum verba recte defenduntur. Sed verum est, quod vulgo dicitur, superius dictum accipiendum esse de iis conditionibus, quæ ex eventu pendent, non de iis, quæ in potestatem nostram collatæ sunt: idque ratione certa et natura rei efficitur. Omnes enim concedent spem hanc debitum iri, tandiu esse, quandiu et conditio potest exsistere: postquam enim semel defecerit, nemo dicet adhuc spem esse debitum iri id, quod certum sit deficiente conditione amplius deberi non posse. Quod si deficiente conditione nulla amplius spes est nec debiti nec conditionis implendæ: consequens est nec eam spem quæ non est, ad heredem posse transmitti. Atqui conditio personæ alicuius iniuncta non egreditur personam, et mortuo eo deficit. *L. si ita expressum*, *supr. de cond. et dem.* et supra probavi pluribus. Proinde ad huiusmodi conditiones id dictum non pertinet, quæ ut morte deficiunt, ita spem auferunt amplius quidquam deberi posse: qua sublata non potest fieri, ut ea transmittatur. Nihil ad rem facit *L. veteris*, *C. de cont. et com. stip.* qua cautum est omnes stipulationes etiam faciendi ad heredes transire, ut quod a debitore fieri debuit, possit etiam impleri ab eius heredibus quo etiam argumento ille utitur. Multum enim distat inter se stipulatio ipsa, et conditio stipulationis. Stipulatio ad heredes transit: quia ex stipulatione obligationis ius nascitur: quod ex conditione heredum et ad eos et in eos transire oportet; cum in ius et locum defuncti succedant. L. *quædam*, *supr. de eden. L. qui in ius*, *infr. de reg. iur.* nisi sit aliquid quod natura sua cum vita defuncti exstinguatur. Conditio autem nullum ius continet, quod vel acquiratur stipulatori, vel promissorem obliget: tantum facti est, ut dixi. Unde evenire necesse est, ut si alicui personæ sit iniuncta, hic nihil inde ad heredem aut in heredem iure hereditario transeat, sed una cum persona, cui erat iniuncta, deficiat. *d. L. qui heredi d. L. si ita expressum*, *de cond. et demonst.* † Summa hæc sit: si conditio hæc, 4
si patrem debere constiterit, quæ hic proponitur, neque secundum verba mortuo patre existere potest, et in re ac sententia contrahentium multum refert, quo tempore constet de debito patris, eone vivo, an mortuo: nihil afferri potest, cur non verissime et æquissime dicatur conditionem nullo modo hic exstitisse, ubi patre mortuo de debito constitit. Cum hæc sententia per se vera est: tum vero verbis Scævolæ optime convenit. Non enim eo moveri debemus, quod Scævola conditionaliter respondet, *si conditio non extitisset*, quasi nihil hic affirmet eius, quod diximus: usitato enim loquendi more conditionem posuit pro causa, *si* pro *quoniam*: ut responsum eius sic accipi debeat, quasi ita respondisset; si conditio non exstitisset, id quod existimo, et intelligi potest ex his, quæ proponuntur; respondi stipulationem non esse commissam. † In quo genere re- 5
sponsi mirum est a superioribus illis, quos ante commemoravi, non tantum reprehendi, sed etiam exagitari Scævolam, quasi qui aut non respondeat ad interrogatum, aut nihil aperte, sed incertiorem dimittat consultorem, quam acceperat: cum certum sit, quod hic ille facit, id exemplo et more omnium non tantum iuris, sed etiam aliorum probatorum auctorum fieri. Modestinus in *L. fideiussor*, §. *ult. supr. de pig. respondit*, inquit, *si neque pignerata sunt ipsa mancipia*, *neque ex pigneratis ancillis nata*, *minime creditoribus obligata esse.* Nempe sub conditione, cum tamen perspicuum sit ex præcedentibus Modestinum intelligere id esse in specie proposita, quod ponebat in conditione. Virgil. *lib.* 1. *Geor.*

. . . . . . Vestro si munere tellus
Chaoniam pingui glandem mutavit Arista.

Cic. in Topicis: *si fines in urbe non reguntur*, *nec aqua in urbe arceatur*, *et* rursum: si *stulticiam fugimus*, *sapientiam sequamur.* Idem *lib.* 3. de offic. *quod si Aquiliana definitio vera est*, *ex omni vita simulatio*

tio, dissimulatione tollenda est. In quibus locis omnibus constat non dubitanter loqui auctores, sed affirmanter, dum in propositione intelligi volunt assumptionem, quam prætermittunt.

Ad §. Seia heres.

Seia heres unius tutoris cum herede pupillæ transactione pacto solo facta maiorem partem solvit, residuam cavit: sed illico negavit heres se transactionem servare: et apud iudicem tutelæ egit et victus provocavit ad competentem iudicem: et ab eo quoque ad principem idem provocavit: et iniusta hæc quoque provocatio eius pronunciata est. Quæsitum est, cum per heredem pupillæ mora intercesserit quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solvetur, nec unquam petierit: an ei hodie debeantur usuræ ab herede tutoris. Respondit, si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure usuras non deberi.

SUMMARIA.

1. *Species huius §.*
2. *Responsum Scævolæ, et quænam eo responso statui intelligantur.*
3. *Usuræ in specie proposita unde, et quo casu deberi possint.*
4. *Oblatio pecuniæ ad inhibendum cursum usurarum quibus in causis sola, sine alia pecuniæ obsignatione, prosit.*

1 Tutor, qui pupillæ tenebatur ex administratione tutelæ, decessit Seia herede relicta; quæ et in eandem obligationem successit. Decessit et pupilla suo item herede relicto: qui et ipse successit in eandem actionem. Is heres cum agere instituisset tutelæ cum Seia, transegerunt ambo inter se eo nomine hoc pacto, ut Seia ex ea causa certam pecuniæ summam daret, vicissim heres pupillæ nihil unquam tutelæ nomine ab ea peteret: quod et se facturum esse pactus est, sed pactus tantum, non etiam Aquilianam stipulationem et acceptilationem ad Seiam ipso iure liberandam interposuit. Eius autem pecuniæ, de qua danda convenisse dixi, maiorem partem solvit Seia in præsentia, reliquam partem cavit, id est, stipulanti heredi pupillæ se soluturam promisit; *L. sancimus, C. de verb. sig.* et adiecit usuras, si eam pecuniam non solvisset: fortasse pecuniam cavens ita, ut ex actione tutelæ debebatur: sic tamen, ut et pecuniam, et eius pecuniæ usuras ex stipulatione debere inciperet, non ex vetere actione. Quod ita factum esse ex quæstione et responso Scævolæ apparet. Sed heres pupillæ, quem supra pacto tantum transegisse diximus, quoniam huic adhuc vetus actio tutelæ manebat integra (pacto enim Iure Civili actio non tollitur. *L. si unus, §. pactus, sup. de pac.*) hoc iure usus illico negat se transactionem servare, et tutelæ agit cum Seia; quæ se tuetur exceptione pacti, seu transactionis, uti ei facere ius est. *L. sive apud, C. de trans.* atque ea exceptione consecuta est, ut primo iudicio absolveretur. Cum appellasset pupillæ heres semel atque iterum, omnibus iudiciis iniusta appellatione pronunciata Seia absoluta est. Itaque tandem cogitur pupillæ heres contentus esse ea pecunia, quam illi Seia ex transactionis causa caverat: hanc ergo ille petit: sed hoc amplius etiam usuras totius præteriti temporis ex die interpositæ solutionis. De sorte non dubitatur, quin hanc ex stipulatione Seia debeat: itaque hanc illa ultro offert. De usuris quæritur, an debeantur, cum per Seiam non steterit, quominus pecuniam cautam solveret, sed per adversarium, qui non modo eam pecuniam nunquam petiit, sed etiam ablatam accipere noluit. † Respondet Scævola, si modo 2
Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, ut proponitur; iure usuras non deberi. Hoc sentit, non esse satis, ut hic usuræ non debeantur, si per Seiam non steterit, quominus pecuniam promissam solveret; quod etiam tunc fit, cum Seia pecuniam non obtulit, si modo heres pupillæ eam pecuniam non petierit: *L. si ex legati, sup. eod. L. mora, sup. de usur.* sed opus esse, ut Seia ipsa ultro pecuniam obtulerit, ut dici possit per heredem pupillæ moram intercessisse, quominus acciperet: sic enim et creditor in accipiendo moram facit, cum pecuniam opportuno loco et tempore oblatam recusat accipere. *L. qui decem, infr. de sol.* Ait Scævola, *si Seia non cessasset offerre.* Quemadmodum ea dicitur cessare offerre, quæ non offert, cum debet: ita non cessare offerre ea intelligenda est, quæ re ipsa offert, cum

est

est opus. Ergo quæ ita obtulit, etiam si semel id fecerit, verum est eam non cessasse offerre: ac proinde ex sententia Scævolæ usuras non debebit. Et certe si semel oblatam pecuniam sine iusta causa accipere recusando, creditor moram facit: *d.* L. *qui decem, infr. de sol.* quodque mora ab illo facta est, vult Scævola satis esse, ne in proposito usuræ debeantur: consequens est in hac re sufficere vel unam oblationem: quoniam qui semel in mora esse cœpit, is moram perpetuo facere existimatur, nisi eam suo facto purgaverit. *L. Titia Seio*, §. 1. *supra, de leg.* 2. Hoc responso Scævola tria statuere intelligitur. Primum usuras in specie proposita aliquo casu deberi potuisse. Alterum, hoc casu deberi, si Seia sortem ultro non obtulisset, quamvis in ea solvenda non fecisset moram, ut quia interpellata de sorte non esset. Tertium, ut pecunia non oblata deberentur usuræ: ita ea oblata non deberi, etiam si ad oblationem nihil accesserit: quorum de
3 unoquoque potest dubitari. † Ac primum quæritur, unde eæ usuræ, quæ hic deberi possunt. Non enim possunt omnino deberi usuræ, nisi aut ex stipulatione aliave conventione, aut sine conventione ex mora, quod contingit in bonæ fidei iudiciis, et similibus. *L.* 3. *C. de usur. L. mora*, §. *in bonæ, sup. de usur.* Pecunia, cuius de usuris nunc quæritur, non petitur hic iudicio tutelæ, quod bonæ fidei est: sed ea est, quam Scævola proponit in stipulationem deductam esse. *Quæsitum est*, inquit, *cum per heredem pupillæ mora intercesserit, quominus pecunia in stipulationem deducta ab herede ut solveretur, an ei hodie debeantur usuræ.* Stipulatio bonæ fidei iudicium non est: nec pecuniæ stipulatione promissæ deberi usuræ possunt citra aliam stipulationem *d.* L. 3. *C. de usur.* Rursum de usuris eius pecuniæ præstandis cautum esse nihil hic proponitur. Sed quod in narratione facti omissum est, satis ex verbis quæstionis intelligitur. Cum enim quæstio posita sit nominatim de usuris pecuniæ promissæ, quæraturque, an hæ post oblationem Seiæ debeantur, satis intelligitur de his ita quæri, ut de illis quæ citra oblationem Seiæ in obligationem venissent. Et quoniam in pecunia, quæ ex stipulatu petatur, non possunt deberi nisi ex stipulatione; ideo hoc quoque datur intelligi ita eas usuras venisse in obligationem: scilicet ut intelligatur quæri de usuris eo modo debitis, quo in hac causa deberi possunt. Quod ideo hic omissum fuit, quia de eo constabat inter litigatores, et brevitati Scævola consulebat. Quod secundo loco sequitur, usuras in proposito debituram fuisse Seiam, nisi sortem ultro obtulisset, quanquam alio qui non fecisset moram: recte dicitur a Scævola, postquam hic usuræ debentur ex stipulatione, ut deberi supra ostendimus. Quæ enim ita debentur usuræ, hæ non debentur ex mora, sed ita, ut est conditio stipulationis: est autem hæc conditio, si sors soluta non erit, non etiam si debitor in ea solvenda moram fecerit. Atque hæc ipsa pars de pecunia offerenda, ad usuras inhibendas, rursum certo argumento est, hic sortem et usuras non peti iudicio tutelæ, sed ex stipulatione. Nam si ageretur tutelæ, deberenturque tantum usuræ ex mora, omnino hic non deberentur, quamvis Seia pecuniam non obtulisset; si modo per eam mora non fuisset quominus petenti heredi sortem solveret: quod futurum fuit etiam si sortem non offerret, dummodo creditor eam non peteret. † Tertium maiorem dubitationem habet, cum ex 4
contrario ait Scævola usuras non deberi, si Seia pecuniam obtulisset: Oblationem quidem pecuniæ ille exigit, sed oblationem solam sine alia pecuniæ obsignatione: cum tamen tot locis traditum sit non interpellari cursum usurarum, si pecuniam tantum offerat debitor, sed ita, si etiam oblatam obsignet. *L. si creditrici, L. acceptam, C. de usur.* neque id de usuris ex stipulatione debitis tantum placuit, sed etiam de iis, quæ in bonæ fidei iudiciis ex mora deberi cœperunt. L. 1. *in fi. L. evictis in fin. sup. de usur. L. tutor pro pupillo*, §. *ult. supr. de ad. tut.* Ad hæc concilianda hoc dicere, superioribus locis consilium tantum dari, ut pecunia obsignetur ad inhibendas usuras, non etiam exigi, nullo modo licet: nimis enim aperte verba refragantur. *d.* L. *acceptam, C. de usur. dict. L. tutor pro pupillo*, §. *ult. de ad. tut.* Multo minus convenit dicere obsignationem, quæ superioribus locis exigitur, locum habere in iis usuris, quæ ex stipulatione debentur: aliam autem esse causam earum usurarum, quæ debeantur ex mora, ut quæ mora non facta deberi non possint. Iam enim ostendi agi hic etiam de iis usuris, quæ debeantur ex stipulatione, non ex mora tutelæ causa: alioqui ut illæ non debeantur, non debuit exigere Scævola, ut Seia pecuniam offerret: cum et sine oblatione fieri potuerit, ut illa non esset in mora, atque ita consequeretur, ne usuræ deberentur. Res sic habet: quod dicitur usurarum, sive quæ ex stipulatione, sive quæ in bonæ fidei iudiciis ex mora deberi cœperint, non inhiberi cursum sola oblatione pecuniæ, sed

sed ita, si etiam pecunia obsignetur a debitore; hactenus verum est, si non per creditorem factum sit, quominus debitor pecuniam oblatam posset obsignare: nihil enim potest imputari ei, qui solvere etiam si vellet, non potuit. L. *cum quidam*, §. *si pupillo*, *sup. de usur.* et factum cuique suum, non adversario nocere debet. *L. factum*, *infr. de regul. iur.* Id autem accidit tribus in causis. Una est, si fuit incertum debitori, quantam pecuniam deberet veluti ex tutelæ administratione, et cum tutor sæpe minorem interpellasset, ut tutelæ iudicio ageret, quo posset constare, quantum deberetur, minor consulto rem distulit. Ideo constitutum est in hac specie, postquam tutor id fecit, exinde eum sortis ex causa tutelæ debitæ usuras non præstaturum *L. ult. C. de usur. pup.* Altera causa est, si creditor nusquam exstet, aut non sit is, cui tuto solvi possit: veluti si sit pupillus, et tutorem non habeat. Itaque placuit hic quoque debitorem quamvis pupilli immunem esse a præstatione usurarum. *d. L. cum quidam*, §. *si pupillo*, *sup. de usur.* Tertia causa est ea, quæ hic proponitur: ubi Seia debitrix etiam ex stipulatione certam pecuniam debuit, sed creditor eam stipulationem repudians vetere actione tutelæ experitur, qua agendo dubium facit, an eo iudicio vincat, necne et simul inutilem, aut certe ancipitem reddit obsignationem debitrici. Nam si heres pupilli, idemque creditor iudicio tutelæ vinceret, ut fieri potest, vel imperitia, vel sordibus Iudicis; frustra Seia obsignaret pecuniam ex stipulatione, quam ex ea causa non deberet. Quod cum contingat facto creditoris, satis est a Seia id exigere, quod illa præstare potuit: nempe oblationem pecuniæ: quam ille si recusat, non habet Seia, quo progrediatur longius.

Ad §. Duo fratres.

Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi, nihil se contra eam divisionem facturos: et si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit, post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem, quasi ex caussa fidei commissi sibi a patre relicti debitam: et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quaesitum est, an pœna commissa esset. Respondit, pœnam secundum ea quae proponuntur, commissam.

SUMMARIA.

1. *Species huius §.*
2. *Dubitandi ratio.*
3. *Facere contra divisionem hereditatis quid.*
4. *Decisio, eiusque ratio.*
5. *Pactus a se non peti, et si petitum esset pœnam stipulatus, agentem contra conventionem aut pacti exceptione repellit, aut pœnam stipulatione comprehensam exigere potest.*

1 DUo fratres a patre heredes instituti sunt, et invicem rogati, ut qui prior decederet, portionem hereditatis fratri suo restitueret. Mortuo patre cum de divisione rerum hereditariarum inter eos primo esset controversia, ut iudicium familiæ erciscundæ cogitare viderentur; tandem res inter eos transacta est. Qua transactione communem hereditatem certo modo inter se diviserunt eo pacto, ut quod ex partibus constitutis cuique obtigisset, id eius esset proprium. Caveruntque se contra eam divisionem nihil facturos: et si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit. Unus ex his deinde sine liberis moritur, aliis heredibus relictis, quam fratre. Quod ideo fingimus, ut procedat, quod ponit Scævola, eum, qui supervixit petere hereditatem a demortui fratris heredibus quasi ex fideicommissi causa sibi a patre relicti debitam. Nam si decessisset frater extantibus liberis, non esset locus fideicommisso, etiam si sine conditione relictum esset. *L. cum acutissimi*, *C. de fideic.* sed nec frater superstes haberet, quod peteret ab heredibus fratris, si alii, quam ipse, non essent fratris heredes. Ergo cum locus esset fideicommisso, et alii essent heredes fratris demortui; qui supervixit, ab his hereditatem petit iure fideicommissi superioris: heredes tuentur se exceptione transactionis supra scriptæ; quod dicant ea transactione etiam fideicommissum remissum: idque ita factum esse iudicatum est. Qua sententia eadem opera iudicatum est fratrem, qui fideicommissum petiit, contra divisionem fecisse videri. Hoc constituto heredes fratris demortui a fratre, qui fideicommissum petierat, pœnam petunt: ille negat se debere, quia re vera

con-

contra divisionem nihil fecerit: quod dicit se paratum esse de integro docere. Quæritur, an pœna sit commissa, id est, an ex
2 stipulatione debeatur, et an peti possit. † Et non abs re est, cur videatur non esse commissa: debebatur enim hac conditione, si frater contra divisionem fecisset: nihil fecit contra divisionem, fideicommissum a patre sibi relictum petendo: pœna igitur ab eo propter id factum non debebitur. Non fecisse illum contra divisionem, cum fideicommissum petiit, ita intelligetur, si cognoverimus, quid sit facere contra divi-
3 sionem hereditatis. † Facere contra divisionem est facere contra id, quod divisione actum est. Divisione autem nihil aliud agitur, nisi ut a communione rerum hereditariarum discedatur. L. 1. *sup. fa. er.* In quo non continetur; ut heres portionem hereditatis, quæ obtigit, non restituat, nihil enim hæc commune habent. Quinimo ob id restituere debet, quia prius obtigit. Ideo nec remittitur fideicommissum ea divisione. Transactio enim omnis quamvis generalis, multoque magis si erit de certis rebus interposita, nunquam ad eas res, de quibus actum non est, pertinet. *L. qui cum tutoribus*, §. 1. §. *ult. sup. de trans. L. si certa*, *C. eod.* Nec ad rem pertinet, quod divisione id agitur, ut quod cuique obtigit ex rebus hereditariis, id cuiusque proprium maneat; fideicommissi autem superioris persecutio id quod cuiusque proprium factum erat, avocat. Sic enim divisio facit, ut quod uni obtigit, sit eius proprium, ut tamen velint heredes esse proprium cuiusque ex causa hereditaria. Proinde si ex fideicommissi causa avocetur, nihil fit contra divisionem. Postremo divisione hereditatis inter heredes facta, fideicommissum hereditariæ portionis, quod ab uno relictum erat, non esse remissum clare significatur in *L. cum pater*, §. *hereditatem post*, *supr. de legat.* 2. Quare ne tum quidem remissum intelligetur, cum nominatim convenerit, ut divisioni staretur: proinde nec fit contra divisionem seu transactionem, si id fideicommissum petitur, quod divisione remissum non erat. Quod et verum est. Ex quo intelligetur, quod hic iudicatum est, fratrem fideicommissum petendo videri contra divisionem fecisse, quasi divisione fideicommissum remisisset, male iudicatum esse: quod et maximæ par-
4 ti interpretum recte videtur. † Nihilominus Scævola absolute respondet pœnam hic secundum ea quæ proponuntur, esse commissam: innuens videlicet commissam esse, sive bene iudicatum fuerit, sive male. Recte utrumque. Nam etsi male iudicatum est, quia frater instituta fideicommissi persecutione nihil contra divisionem fecerit re vera: tamen perinde habetur, quasi fecisset, cum eum fecisse pronunciatum est. Res enim iudicata inter eos, inter quos res acta est, pro veritate habetur; postquam ita ius est, ut exceptio seu replicatio rei iudicatæ omnibus noceat, qui contra sententiam aut petunt quid, aut exceptione aliqua utuntur, et breviter quoties eadem quæstio revocatur inter easdem personas. *L.* 3. *supr. de exc. rei iud.* Dicet igitur frater non iure pœnam a se peti, quia nihil fecerit contra divisionem. Sed adversus eam exceptionem erit replicatio rei iudicatæ, ut dicant heredes defuncti pœnam petentes, non licere fratri illa exceptione uti, quia iudicatum sit eum contra divisionem fecisse, ac rei iudicatæ stare oporteat. Quæ si ita sunt, exprimitur hoc loco hæc sententia a Scævola, cum quæritur, an pœna commissa sit æque commissam videri, sive contra quam cautum est, factum sit re vera, sive factum esse iudicatum sit inter eos, inter quos de pœna agitur; quamvis iudicatum sit iniuria. Pœnam commissam esse respondet Scævola, quod significat etiam peti posse: quod et ipsum verum est. Sed non hanc vim habet, ut et semper possit exigi: interdum enim petitio exceptione doli removetur: de quo cum nihil expressum sit hoc loco, ex aliis locis sumendum est, quod hic sequamur.
† De eo autem ita ius est; quoties quis 5
pactus est a se non peti, et si petitum esset stipulatus est pœnam; posse eum, si ab eo contra conventionem petatur, duplici via uti, utra velit, vel ut agentem repellat exceptione pacti, vel ut cedendo pœnam petat stipulatione comprehensam. Utrumque autem simul consequi non posse, ut agentem adversario et retineat exceptione, quod petitur, et nihilominus pœnam exigat. Itaque ei, qui exceptione usus sit, pœnam amplius petenti doli mali exceptione occurri. Si exceptione non utatur, tum pœnam utiliter ab eo peti posse. *L. rescriptum*, §. *si pacto supr. de pact.* L. 4. §. *Labeo*, *supr. de dol. mal. exc.* Et hoc nisi convenerit, ut adversario contra conventionem petente, liceret pœnam rato manente pacto petere: quæ conventio aperte et exceptionem et simul pœnæ persecutionem citra metum exceptionis tribuit. *L. pen supr. de trans.*

Ad L.

Ad L. Si flagitii 123.

Papinianus lib. 1. *Definitionum.*

Si flagitii faciendi vel facti caussa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio, qua flagitii facti caussa quid promittitur, ab initio non valet.*
2. *Pactio, qua pecunia delicti admissi caussa debita remittitur, an valeat.*
3. *Delicti caussa quid promitti, aut pactione remitti quando intelligatur.*

SPecies est turpis stipulationis, de qua, ut et de genere toto earum stipulationum, dixi ut in loco ad *L. generaliter*,
1 26. *supr. eod.* † Notandum est, quod hic dicitur si quid promittatur flagitii etiam facti caussa, stipulationem ab initio non valere: quod et verum est: Sic enim delicto statuitur præmium: quo magis reus ad delinquendum invitatur. Cuius generis pactiones omnes ut turpes improbantur. *L. illud,*
2 *supr. de pact. dot.* † Quid, si pecunia delicti admissi caussa debita remittatur pactione, an ne sic quidem pactio valebit? Sed valere constat. *L. si unus.* §. *pacta, supr. de pact.* An quod aliud est promittere quid delicti caussa, aliud remittere? Nequaquam: dat enim, et qui remittit. L. 4. *supr. de cond. caus. dat. L. Iulianus ait, supr. de cond. et dem.* Sed aliud est remittere, quod debeatur ob dolum seu flagitium; aliud quod ita debeatur, remittere huius ipsius doli aut flagitii caussa. Nec qui delicti remittit pœnam, continuo remittit delicti caussa. Potest enim vel ob id remittere, quia tantumdem aliunde a reo acceperit, aut accepturus sit postea, vel quia remittentem rei inopis miserat, vel quia hunc humanitate et officio ad mutuum officium velit provocare. † Tunc 3
solum delicti caussa quid promitti aut pactione remitti intelligitur, cum nominatim promittitur, remittiturve ob id, quod illud aut illud admissum est. Sive autem promittatur quid hoc modo, sive remittatur, pariter conventio et stipulatio est inutilis.

Ad. L. Insulam. 124.

Exposui ad L. si ita stipulatus. 14. *supr. eod.*

Ad L. Cum stipulamur. 125.

IDem, quod pluribus in L. si stipulatus 76. §. 1. *supr. eod.*

Ad L. Si ita stipulatus. 126.

HOC idem pluribus in *L. huiusmodi stipulatio*, 74. *supr. eod.*

Ad §. Titius a Mævio.

Titius a Mævio *fundum detracto usufructu stipulatus est, et ab eodem eiusdem fundi usumfructum.* Duæ sunt stipulationes: et minus est eo usufructu quem pro se quis promisit, quam in eo qui proprietatem comitatur. Denique si ille usumfructum dederit, eumque stipulator non utendo amiserit: tradendo postea fundum detracto usufructu, liberabitur. Non idem contingit ei qui *fundum pleno iure promisit*, et usumfructum dedit, deinde amisso eo proprietatem sine usufructu tradidit. Ille liberatus est dando usumfructum, hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno iure fundum effecerit stipulatoris.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Stipulatus fundum simpliciter, et proprietatem, et usumfructum fundi stipulatione complectitur.*
2. *Stipulatus fundum simpliciter, quomodo distet ab eo, qui stipulatur proprietatem nudam separatim, et separatim usumfructum diversis stipulationibus.*

1 QUI fundum stipulatur simpliciter, aut apertius fundum pleno iure, una stipulatione complectitur proprietatem fundi, et eius fundi usumfructum, est enim ususfructus pars dominii: unde et cum proprietate coniunctus intelligitur de quo disserui ad *L. eum, qui ita*, 56. §. *qui proprieta-*
2 *tem, supr. eod.* † Sed tamen qui ita stipulatur, multum distat ab eo, qui stipulatur easdem res diversis stipulationibus: id est, una stipulatione fundi proprietatem nudam, seu quod idem est, fundum detracto usufructu, altera usumfructum eiusdem fundi. Nam qui stipulatur fundum, stipulatur is quidem usumfructum, sed eum, quem dixi coniunctum cum proprietate, et quem Paulus hic dicit proprietatem comitari. Qui autem separatim stipulatur usumfructum, is stipulatur usumfructum a proprietate separatum: inter quos multum interest. Prior enim ut dominii seu proprietatis pars est, ita est, sicut proprietas quam sequitur, perpetuus. Posterior eiusmodi, qui certis modis finitur, et hoc modo ad proprietatem redit. §. *finitur*, *Instit. de usuf.* Hinc quæ sit ex utraque stipulatione obligatio de usufructu facile intelligitur. Proinde qui usumfructum separatim promisit, si hunc dederit, quamvis postea non utendo aut aliis modis amittatur, liberatur tamen, nec quidquam iam amplius præstare debet, quam nudam proprietatem, quam altera stipulatione promisit: illum enim præstando solvit, quod debuit; ac solutione eius quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. tol. ob. in pr.* At qui promisit fundum, si usumfructum det separatum, et deinde is amittatur, nulla ex parte liberatur, nisi adhuc fundum pleno iure dederit, idest, et proprietatem et novum usumfructum, qui proprietatem sequatur. Nec ad rem pertinet, quod prius usumfructum dedit. Non enim eum solvit, quem debuit: cum perpetuum deberet, et cum proprietate coniunctum: ipse autem a proprietate separatum, eoque et temporalem dederit. Et in summa, utraque hac stipulatione, fundum dabis? et usumfructum eius fundi dabis? ususfructus continetur, sed dissimilis. Priore ususfructus coniunctus cum proprietate: proinde et perpetuus. Posteriore ususfructus a proprietate separatus, qui idem tempore certis modis finiatur. Quapropter nisi ille ita detur, ut perpetuo maneat, obligationi satis non fit; hic si sua conditione detur, statim liberatio nascitur.

Ad §. Chrysogonus.

Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa rem agente Iulii Quintiliani absentis, mutua denaria mille: quæ dari Quintiliano, heredive eius ad quem ea res pertinebit, Kalendis Novembribus quae proxime sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus, et rem agens Quintiliani: spopondit Candidus dominus meus. Sub die suprascripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas: spopondit Flavius Candidus dominus meus: subscripsit et dominus. Respondi: Per liberam personam quae neque iuri nostro subiecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur: obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est: ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur.

Superest, quæramus an ex numeratione ipse qui contraxit, pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur: non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum, recessum a naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras sti-

stipulatus est, non eodem vitio laborat, neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem videri; ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum, et cogitur eam patrono cedere, plerumque enim in stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt, raro inesse tempus vel conditionem ex eo quod agi apparebit, intelligendum est: nunquam personam, nisi expressa sit.

SUMMARIA.

1. *Species §.*
2. *Ex liberti stipulatione concepta in personam patroni, an patrono quæratur actio.*
3. *Ex liberti numeratione, an in proposito detur patrono condictio.*
4. *Pecunia alterius nomine mutuo data, illi acquiritur obligatio.*
5. *Liberto in proposito an ex numeratione saltem competat condictio.*
6. *Stipulatio usurarum in specie proposita, an utilis.*

1 Libertus mutuam pecuniam dedit impersonaliter, idest, neque aperte suo nomine, neque alieno; eamque reddi stipulatus est, sed nominatim patrono. Quod si patrono reddita, eive eo nomine satisfactum non esset, tum in singulos menses, quibus id factum non esset, stipulatus est usuras, sed eas rursum impersonaliter, idest, ita ut neque stipularetur aperte sibi,
2 neque patrono, sed simpliciter usuras. † Hic circa sortem ante omnia quæsitum est, an esset huius nomine actio patrono: ac primum an esset ex stipulatione. Respondet Paulus non esse, quia per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, neque bona fide nobis serviat, obligatio nulla nobis acquiri possit: de qua regula iuris abunde diximus ad L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod.* Addit Paulus adeo stipulationem patrono esse inutilem, ut *nec adiectio absentis patroni ei proficiat ad solutionem.* Sensus est, adeo esse inutilem, ut non modo non possit patronus eam pecuniam exigere ab invito, sed etiam ut ne a volente quidem ei possit solvi, ut eo facto debitor liberetur. Et adiicitur ratio, *quia principaliter patrono obligatio quærebatur.* Quod sic interpretandum est; quia destinatione et proposito contrahentium principaliter ei obligatio quærebatur. Sic enim composita erat stipulatio, ut patrono ipsi obligatio quæreretur. Cæterum huic non quæritur re vera, ac nec potest, idque iam ab initio Paulus posuerat. Hoc autem ideo dicit, quia ei, qui creditor non sit, et actionem de pecunia non habeat, non recte solvitur, nisi sit adiectus solutionis causa. §. *plane. Inst. de inut. stip.* Quod in proposito de patrono dici non potest. Non enim adiicitur solutioni is, de quo id agitur, ut principaliter ei obligatio acquiratur: sed is tantum, in quem solutio confertur eius rei, cuius obligatio in alterius persona principaliter iam ante constitit. *d.*
3 §. *plane*, † Sed an ex numeratione dabitur patrono condictio? Et Paulus: *si liber homo*, inquit, *nostro nomine pecuniam daret vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur.* Quo significat, si libertus in specie proposita dedisset pecuniam nomine patroni, futurum fuisse, ut patrono acquireretur condictio. Nunc cum nominatim eius nomine non dederit, dicendum esse ne ex numeratione quidem illi actionem acquiri. † 4
Quod ait, cum alterius nomine pecuniam mutuam damus, illi acquiri condictionem, videri potest contrarium regulæ iuris, quam paulo ante posuit, qua efficitur per liberam personam alteri obligationem acquiri non posse. Et certe res enodationis indiget. Sed quæstio est ad causam mutui pertinens, de qua scriptum est ex professo in *L. certi*, §. *si nummos*, *sup. si cer. pet.* ibi locum exposui. † Quæsitum est deinde de liberto, an non huic saltem detur actio, non quidem ex stipulatione, quam inutilem esse constitit, et patrono, cui libertus actionem quærere non potuit; et liberto, qui sibi quæsitam noluit, *L. multum*, *C. si quis alt. vel sibi.* sed ex numeratione. Et Paulus in uno hoc casu, *si præcedat numeratio*, *sequatur stipulatio*, aperte rem definit, *non esse dicendum recessum a naturali obligatione*: significans hoc casu competituram esse liberto condictionem haud dubie, quia hæc illi ex numeratione primo competere cœpisset: non possit autem dici ab ea recessum esse posteriore stipulatione tanquam novatione facta: quoniam ne iure quidem vetere novatio fieret, ubi in posteriore stipulatione nihil novi intervenisset: quod fit, ubi nec persona nova accessit, et in stipulationem venit tantundem. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* Quod si in continenti stipulatus esset libertus patrono pecuniam reddi, tantum significat Paulus quæri posse, an hoc casu actio ei qui contraxit, id est, liberto competat, etiam ex numeratione: et adiicit rationem, cur non videatur posse competere; quia

quia cum mutuam pecuniam dantes eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Quod hanc sententiam habet, obligationem hic ex numeratione non nasci, sed solum ex stipulatione, quia id agatur, ut sola stipulatio teneat, ut hoc idem explicatur in *L. cum enim, infra, de novat.* Sed hoc, inquam, ostendit Paulus solum dubitari posse, an ne ex numeratione quidem actio in proposito danda sit liberto, qui contraxit. Quid autem in eo probandum sit, relinquit in medio. Et quod hic omissum est, sumetur ex *dict.* L. *certi*, §. *numeravi*, *supr. si cer. pet.* ubi Ulpianus scribit ad hanc sententiam; quoties mutuam pecuniam dans eam in continenti stipulatur; unam quidem esse obligationem, non duas, et eam ex stipulatione, non ex numeratione; sed ita, si utiliter stipuletur: quod si stipulatus erit inutiliter, tum contrahi obligationem ex numeratione: quod quam recte dicatur, illic
6 exposui. Hæc de sorte. † Circa stipulationem usurarum dubitatum est, num hæc quoque ut superior sortis esset inutilis. Nam qui sortem ipsam stipulatus est nominatim patrono, existimari potest etiam eius sortis usuras in personam patroni contulisse, etiam si sine adiectione nominis eas stipulatus sit. Paulus statuit postquam libertus aperte eas patrono stipulatus non est, stipulationem sic accipi debere, quasi sibi sit stipulatus, non patrono; proinde stipulationem valere, et inde liberto actionem acquiri, quam cogatur postea patrono cedere. Sed cum sine adiectione nominis stipulatio concepta sit, cur interpretamur libertum sibi stipulatum esse potius, quam patrono; præsertim cum ex stipulatione sortis appareat libertum voluisse in ea pecunia consulere patrono, ut cui eam nominatim stipulatus fuerit? Quia, inquit Paulus, maligne interpretaremur libertum eidem stipulatum esse usuras: cui et sortem, videri. Sed cur maligne, quia callida est omnis et maliciosa cuiusque contractus interpretatio, cum verba captamus sive præcedentia, sive sequentia adversus mentem et sententiam contrahentium: id est, adversus æquum et bonum. Quod hic fiet, si ex verbis stipulationis sortis accipiemus libertum usuras itidem stipulatum esse patrono. Sic enim eveniet, ut stipulatio usurarum pariter sit inutilis. Illud autem rectum, et sententiæ contrahentium conveniens stipulationem sic accipi, ut valeat potius, quam pereat, ne dicantur nihil agere voluisse contrahentes, quos constat serio stipulationem interposuisse L. *quoties in*, *sup. eod.* Huc accedit, inquit Paulus, quod *plerumque in stipulationibus verba inspicienda sunt*; utpote *ex quibus obligatio oritur*. Quod si fit, non dicemus libertum patrono stipulatum esse, ubi de patrono nihil verba exprimunt. Sed cur ista ratione non dicamus etiam ipsum non videri stipulatum sibi, cum nec de eo quidquam exprimant verba? Si verba de stipulante non exprimunt, at certe de eo satis sigficant: stipulatur enim libertus dari obligationis contrahendæ causa: proinde ut sit utile, quod geritur: non potest autem utiliter stipulari, nisi sibi. At enim in stipulatione interdum inest tempus; inest etiam conditio, quamvis neutrum exprimatur: neque id tantum ex natura rerum, ut cum stipulamur Ephesi dari, ubi inest tempus, intra quod possit perveniri Ephesum: *L. interdum*, *sup. eod.* ut cum stipulamur fructus; ubi inest hæc conditio, si nascantur, *L. 1. in fin. sup. de con. et dem.* quæ ad hunc locum non pertinent: insunt enim hæc in stipulatione necessario natura rerum ita exigente, non etiam ex coniectura voluntatis contrahentium admittantur. Sed insunt hæc duo interdum (tempus dico et conditionem) etiam tunc, cum natura rerum nihil horum exigit, insuntque solum ideo, quia intelliguntur ex præcedentibus, sicque res accipitur, ut quæ in una parte conventionis dicta sunt, videantur in sequenti stipulatione ad eandem rem pertinente repetita. L. *Titia*, §. 1. *infr. eod. L. 4. in fin. supr. de pact.* Ex quo recte colligi posse videtur etiam hic in stipulatione usurarum subiecta, intelligi debere personam patroni priore stipulatione sortis expressam. Negat Paulus hæc recte comparari: tempus ait et conditionem inesse, interdum intelligi posse *personam nunquam, nisi expressa sit.* Ubi personam accipere debemus aliam, quam stipulantis. Nam quod ad huius personam attinet, non modo hæc in stipulatione impersonaliter concepta intelligitur, ut hoc loco; sed etiam eam intelligi necesse est, si stipulationem valere volumus. Ideo autem priora duo intelliguntur nonnunquam: quia est ex sententia contrahentium intelligi, dum his intellectis nihilominus valet stipulatio. Persona autem extranea, in quam stipulatio conferatur, ideo non intelligitur; quia non potest intelligi, quin stipulatio sit inutilis: quod fieri est contra mentem contrahentium, ut recte Duarenus hunc locum accepit. Idque hoc modo idem Paulus explicat in dicta *L. Titia*, §. 1. *infr.* ubi cum definisset plerumque ea, quæ præfationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita credi: addidit hanc correctionem; sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.

Ad §.

Ad § Si ita stipulatus fuero.

SPecies iam ante exposita in L. *si ita stipulatus*, 97. *supr.*

Ad L. Si pupillus. 127. *Scævola* lib. v. *Quæstionum.*

Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fideiussorem dedit: servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus. Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea.

SUMMARIA.

1. *Pupillo sine Tutoris auctoritate Stichum promittente, fideiussore dato, an eius cessatio fideiussosi noceat.*
2. *Pupillus interpellatus si non solvat, cur moram facere non intelligatur.*
3. *Regula iuris,* Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est, *explicatur, et obiecta quædam diluuntur.*
4. *Fideiussio in proposito ad quid utilis.*
5. *Pupillus sine tutoris auctoritate an obligetur naturaliter.*
6. *Pupillaris ætatis partes tres.*
7. *Infans nullo modo neque civiliter, neque naturaliter obligatur.*
8. *Infantiæ proximus sine tutoris auctoritate ne naturaliter quidem obligatur.*
9. *Pupillorum vocabulo, cum de his sine tutoris auctoritate obligandis agitur, soli ii, qui pubertati proximi sunt intelliguntur.*
10. *Infantiæ proximus a pubertati proximo quomodo distinguatur, et quæ ætas pupillaris his verbis notetur.*
11. *Pubertati proximus sine tutoris auctoritate contrahendo, naturaliter obligetur, ubi contrarii hac de re loci conciliantur.*

1 PUpillus sine tutoris auctoritate Stichum promisit, et fideiussorem dedit. Interpellatus ut Stichum daret, non dedit, deinde Stichus mortuus est. Pupillum non teneri constat. Nam qui vivo Sticho non erat obligatus, ut qui promisisset sine tutoris auctoritate, *L. obligari*, *supr. de auct. tut.* is utique mortuo eo non incipiet obligari: quoniam et hæc mora sine tutoris auctoritate contingit, et quidem nullo interposito ad obligationem pupilli consensu. Quinimo etsi antea obligatus fuisset pupillus, vel quia promisisset tutore auctore, vel quia obligatio ex re nasceretur, vel quia successisset ipse debitori; tamen mortuo Sticho liberaretur, quia Stichus sine mora pupilli esse desiisset. L. *si ex legati*, 23. L. *sed etsi*, *seq. sup. eod.* Itaque de pupillo nihil hic dicit Scævola. De fideiussore pupilli quæsitum est, an propter superiorem pupilli moram fideiussor eius obligetur. Et teneretur sine dubio, si post moram pupilli Stichus esset mortuus: certi enim iuris est moram rei principalis fideiussori nocere, eique perpetuare obligationem. L. *mora*, L. *si servum*, §. *nunc videamus*, *sup.* Idemque in contrarium valet, ut si pupillus moram non fecisset, non teneretur fideiussor: nam et pupillus promissor si prius obligatus esset, liberaretur interitu rei promissæ. *d.* L. *si ex legati*, *sup.* ex quo necesse esset evenire, ut liberarentur et accessiones, puta fideiussores. L. *in omnibus speciebus*. *inf. de sol.* L. *cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Quæstio ergo in eo est, an interpellatus pupillus dum non solvit, moram fecerit. Hinc responsum Scævolæ hoc loco: ideo scilicet mortuo Sticho fideiussorem in proposito non esse obligatum, quia nulla hic mora facta sit ne a pupillo quidem. Quod enim dicit fideiussorem propter pupilli moram non fore obligatum; abusive moram vocat, quæ videatur talis esse, quia a pupillo et eo interpellato cessatum est: re autem vera et iure non sit mora, quia non sit iniusta cessatio: quod ad moram statuendam accedere necesse est, L. *sciendum*, *sup. de usur.* Idque ita sentire Scævolam manifestum est, cum ideo neget postea fideiussorem propter pupilli moram teneri, quia pupillus moram non fecerit: *nulla enim*, inquit, *intelligitur mora ibi fieri*, *ubi nulla petitio est.* † Multæ sunt causæ, cur hic pupillus 2
interpellatus etsi non solvat, non faciat moram. Nam etsi iure esset obligatus; tamen non habet in potestate id quod petitur: alienare enim non potest; eoque nec solvendi sine tutoris auctoritate ius habet, *dict. L. obligari. sup. de auc. tut.* §. *ult. Inst. quib. al. li. vel non.* Hæc autem idonea adversus moram defensio est, si dicatur res debita in potestate rei non fuisse. *L. quod te*, *sup. si cer. pet.* Ignorat etiam pupillus, an debeat, quod petitur, propter imperitiam ætatis, quæ et ipsa ido-

nea

nea caussa est, cur existimetur quis sine mora differre solutionem. *d.* L. *quod te.* Sed hæ ut ubique locum habent, id est, non hic tantum, sed etiam cum pupillus obligatus fuit quas ideo solum commemoravimus ad *L. si ex stipulatu.* 24. *sup.* ita probabiles sunt magis, quam necessariæ. Illa est potentissima ad moram amoliendam, si dici possit iure pupillum non debuisse: perspicuum est enim nihil esse, quod obiiciatur, ei, qui non solvit, quod invitus non debuit. Hæc causa cum in proposito se daret, cæteris omissis Scævola hac uti maluit. *Nulla* igitur, inquit, *intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.* unde sumpta regula iuris. *L. nulla. infr. de reg. iur.*

3 † Petitio hic interpellationem et conventionem non significat. Et si enim ut plurimum sine interpellatione mora non fit; L. *mora, sup. de usur.* tamen nunquam aliter fieri multis modis falsum est, ut ostendimus ad *L. si ex legati, sup. eod.* Sed et in specie proposita, ubi negat Scævola petitionem esse adversus pupillum, constat fuisse pupillum interpellatum: cum enim nominatur eius mora, hæc alia intelligi non potest, quam eius cessatio, quam prius interpellatio creditoris præcessit: nam nisi quid aliud intervenerit, propter quod non posset debitor interpellari, aut non esset necesse, sine interpellatione mora non fit. dict. *L. mora. sup. de usur.* Petitio hic actio est, ut in usu iuris hoc verbum usurpatur. L. *exstat, sup. quod. met. caus.* estque hic sensus, nullam intelligi ibi moram fieri, ubi nulla actio est, nullum ius petendi iudicio ab eo, qui interpellatur. Nullam actionem accipere debemus, non tantum quæ plane et omni iure nulla est; sed etiam quæ Iure Civili constituta per exceptionem infirmatur; inter quæ ad vim actionis nihil interest, ut regula iuris traditur. *L. nihil interest, infr. de reg. iur.* Id quod declarans Paulus in *L. lecta, ver. penu. sup. si cer. pet.* diserte ait non esse in mora eum, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Est autem superior regula et verissima et perpetua. Obiici solet. *L. nuda, C. de cont. stip.* ubi qui nuda pollicitatione promiserat se quid facturum, et ni fecisset, promiserat stipulanti, quanti ea res est, si interpellatus ut faceret, quod pollicitus erat, non fecerit, placet ea interpellatione confestim commissam esse stipulationem, quamvis ex nuda pollicitatione nulla fuerit actio. Sed quid hoc ad regulam? ut nulla est actio de eo, quod in pollicitationem deductum est; ita ne moram quidem in eo fieri dicimus, cum dicimus eo non præstito stipulationem pœnæ committi. Non enim ideo committitur, quia reus prius moram fecerit, sed quia conditio stipulationis exstiterit, ut eodem rescripto expressum est. Fuit autem hæc conditio, non si promissor in eo, quod pactus erat, præstando moram faceret; quod in pecunia indebita fieri non potuit: sed si id non præstaret: quod et Bartolus recte animadvertit. Sunt etiam, qui obiiciant *L. ita stipulatus, supr. eod.* ubi qui promisit Pamphilum; et si Pamphilum non daret, pœnam; si interpellatus Pamphilum non det, placet adversus eum mora facta statim committi pœnæ stipulationem. Quasi quidquam dicatur in hac specie, quod non apprime et aperte cum superiore regula conveniat. Qui interpellatus non dat Pamphilum, moram facit. Recte: quoniam et Pamphilus ab eo peti potuit iudicio etiam commissa semel pœnæ stipulatione. Pœnali enim stipulatione non novatur prior, ut illic docuimus: ut efficiatur, quod regula exigit, ideo moram hic fieri, quia id petitum sit, cuius nomine fuerit iure actio. Quod si quis in superiore exemplo Pamphilum in petitione esse non admitteret, sed tantum in præstatione: diceremus ne moram quidem eo non præstito, fieri, sed quod in exemplo *L. nuda.* Idem in hoc quoque evenire ut Pamphilo non præstito committeretur pœnalis stipulatio, non propter præcedentem aliquam moram, sed quia conditio stipulationis extitisset. Nisi forte cum istis recipimus, ut hic Pamphilus ante moram debitus fuerit, et peti potuerit; unde et eo petito mora secuta sit iuxta regulam: sed mora facta statim desinat deberi. Quo nihil potuit dici absurdius: mora enim in id, quod debetur, incidens tantum abest, ut tollat obligationem, ut hanc maxime confirmet, et pro temporali perpetuam faciat. *L. si servum, §. sequitur, supr.* alioqui mora auctori prosit, non noceat contra regulam iuris, et omnem æquitatis rationem. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Scio in hoc legato, heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato, placere penum peti non posse, tantumque esse in præstatione: *L. 1. supr. de pe. leg.* et tamen hac petita si heres eam non det, dici moram ab eo fieri. *L. 1. §. item, si ita, supr. ad leg. Falc.* ut hoc potius pro contrario afferri debuerit, quam illud prius. Sed et in hac specie mora abusive dicitur pro cessatione ab eo interposita, qui interpellatus dare noluerit, quod petebatur; etiam si vere mora non fuerit, cum id recusatum sit, quod

quod non fuerit reo necesse præstare: similiter ut et hoc loco. Denique quod Paulus in dict. *L. 1. §. item si ita, ad leg. Falc.* dicit decem sola deberi, cum heres in solvenda penu moram fecit, nihil aliud est, quam quod idem expressit alibi, pecuniam tunc deberi cum interpellatus heres penum aut fundum prius legatum non dedit. *L. si penum, supr. quan. di leg. ced.* Vere igitur in universum definitur, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio seu actio est. Quo posito cum id sumatur in proposito, nullam esse actionem adversus pupillum de eo, quod ille promisit sine auctoritate tutoris; recte colligitur nullam ab eo moram in eo quod ita promisit, fieri potuisse. Cui et illud consequens est, ut quamvis post eius cessationem Stichus promissus decesserit; nihilo tamen magis fideiussor obligetur: quia non sit hic
4 ulla mora, quæ illi noceat. † Quæreret ergo aliquis, quid profuerit fideiussorem a pupillo acceptum esse. Respondet Scævola fideiussorem obligatum esse, ut vivo adhuc homine promisso conveniri possit: aut si is mortuus est, ut possit conveniri non quidem ex mora pupilli, quæ nulla est, sed ex sua. Etsi enim Sticho post moram solius fideiussoris mortuo, atque ita liberato reo secundum regulam iuris, *L. si ex legati, sup. eod.* per consequentias liberatur et fideiussor summo iure: *L. in omnibus speciebus, infr. de. sol.* tamen æquum et bonum est fideiussorem ex sua mora teneri, eoque placet et teneri eum utili actione. L. *cum filiusfam. supr.* ubi diximus. Statuit igitur Scævola fideiussorem utiliter accedere pupilli promissioni etiam tum, cum pupillus promiserit sine tutoris aucto-
5 ritate. † Qua ex re eadem opera declarat et pupillum eo facto obligari saltem naturaliter: alioqui inutiliter fideiussor accipiatur, qui nihil nisi principalis obligationis vel civilis, vel naturalis accessio est. *L. fideiussor obligari, §. fideiussor. inf. de fideius.* §. 1. §. *fideiussores, Inst. eod.* Et pupillum sine tutoris auctoritate promittendo, mutuum accipiendo, vel aliter contrahendo civiliter ex eo contractu non obligari constat. *L. obligari, supr. de auct. tut.* cæterum his modis obligari saltem naturaliter, sententia est, quæ non hoc tantum loco, sed et aliis multis confirmatur, ut *L. 1. in fine, infr. de novat. L. si pupillus, supr.* ad *L. Fal. L. in numerationibus, infr. de sol. L. si eius, supr. ad Treb. L. cum illud, §. 1. supr. quan. di. leg. ce. L. ult. supr. de iureiurand.* Sed sententia incidit in difficultatem propter duos locos, quibus id ipsum diserte negatur. L. *pupillus, supr. prox. tit. et L. quod pupillus, supr. de cond. ind.* Etsi autem quæstio non magis huius loci propria est, quam cæterorum, quibus hæc obligatio nominatur: tamen quia pariter in hunc locum incurrit, semel puto dicendum, quod pertineat ad omnes, dum simul hic locus intelligatur. † Et cum pupillaris ætatis tres sint partes, infantia, et ea pars, 6
quæ infantiæ proxima est, tertia quæ proxima est pubertati; §. *pupillus, Instit. de inut. stip. L. pupillum, infr. de reg. iur.* † de infante statuendum est, quod inter omnes convenit, hunc nullo modo neque civiliter, neque naturaliter obligari posse, quippe cuius nullus intellectus sit, nullus consensus; qui denique non multum distet a furioso: qua ratione nec tutore obligari eum posse placuit, non magis quam furiosum. *d. §. pupillus, de inut. stip. L. in negotiis, infr. de reg. iur.* Et recte. Nullus est enim contractus, nulla ex contractu obligatio sine consensu. *L. 1. §. 1. sup. de pac.* nec potest tutor auctoritate sua comprobare contractum, seu consensum, qui non est. Itaque, et si locupletior factus sit infans pecunia ei mutuo data, aut re aliqua ei commodata: tamen ne sic quidem obligari potest ex consensu is, in quo consensus non fuit: adeo ut nec actio ex contractu utilis in infantem dari possit, postquam effectum est nullum hic contractum etiam natura intelligi. Non nego in pupillum cuivis actionem, quatenus locupletior factus est, dari ex rescripto Divi Pii *L. pupillus, supr. de auct. tut.* Sed si is infans sit, erit actio adversus eum, tanquam negotio eius gesto negotiorum gestorum: qualis esse solet etiam adversus furiosum, si quis furiosi negotia gesserit. *L. 3. §. pupillus, ver. etsi furiosi, sup. de neg. gest.* ex contractu, qui nullus est, actio esse non potest. Qui consensum et placitum infanti detrahit, is detrahit et naturalem obligationem, quæ ex consensu nascitur. *L. 1. supr. de pact.* Proinde de pupillo infante verissime dicetur, quod scriptum est in L. *pupillus, sup. prox. tit.* hunc mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligari. Hoc enim ita est, sive tutoris auctoritas intervenerit, sive non intervenerit: et sive locupletior factus sit, sive non sit. Non quod non obligetur naturaliter et civiliter, qui locupletior factus est; sed quia non ita obligetur, quia mutuam pecuniam accepit, sed quia factus est locupletior. Neque hæc sententia de infante pugnat cum iis locis, quibus simpliciter traditur pupillum obligari natura, quos lo-

locos supra indicavi. Cum enim in negotiis contrahendis nominatur pupillus, intelligi debet is, cuius natura est aliquis intellectus et consensus: denique is qui non est infans, aut non distat ab infante. Scilicet ut accipiatur is, in quem natura possit cadere id, de quo agitur. Idque ita fieri debere præcipitur in *d.* §. *pupillus*, *de inut. stip.* sicque aperte accipitur pupilli nomen in L. *in negotiis*, *infr. de reg. iur.* Infantem dici constat, qui minor est septem annis: maiorem infante, qui eam ætatem excessit. L. *si infanti*, *C. de iur. delib.*
8 † Qui infantiæ proximus est pupillus, huic duæ res tribuuntur in *d.* §. *pupillus*, quæ initio eius §. tributæ erant generaliter pupillo: ut si de aliis obligandis agitur, hos sibi recte obliget: si de ipso obligando, obligetur et ipse recte, sed adhibita tutoris auctoritate: quæ duo ad quæstionem institutam nihil pertinent. Cæteris in rebus hic ipse ibidem comparatur infanti, *in vers. sed quod diximus.* Nam illic uterque ponitur in eadem causa: uterque dicitur pariter non multum distare a furioso, addita hac communi ratione, quia huiusmodi ætatis pupilli nullum habeant intellectum. Quodque duo illa superiora tribuuntur postea iis, qui infantiæ proximi sunt, ostenditur non summo iure id fieri, sed benigniore interpretatione receptum esse propter eorum utilitatem. Unde intelligimus, cum ab aliis duobus discesserimus, puta cum is qui infantiæ proximus est, pecuniam accepit, aut promisit quid sine tutoris auctoritate, hic non magis obligari eum, quam infantem. Quapropter et in huius ætatis pupillo recte usurpabitur, quod est in *d. L. pupillus*, *supr. prox. tit.* hunc mutuam pecuniam accipiendo (accipiendo, inquam, per se sine tutoris auctoritate: nam cum tutor accedit, et fit auctor, magis ipse accipere videtur, quam pupillus) hunc, inquam, accipiendo hoc ipso solum quod accepit, nec naturali iure obligari. Item et illud vere, quod est in *L. quod pupillus*, *supr. de cond.* si quid pupillus qui infantiæ proximus est, promiserit sine tutoris auctoritate, ipsum nec natura debere. Nam et de infante id dicturi essemus citra controversiam. Hic autem in hac caussa similis. Quod si ita est; quæ de obligatione naturali pupilli dicuntur aliis locis, ut ad infantem non pertinent, sic nec ad eum, qui sit infantiæ proximus, pertinere intelligendum est. Atque ita ad hanc usque ætatem inter hos locos optime convenit, ut nullis repugnantibus dicendum sit, si quid huiusmodi ætatis pupilli sine tutoris auctoritate cum alio gesserint, eos ex eo contractu etiam iure naturali on obligari. † Si quid hic dissidii est, id con- 9
sistit in ea ætate, quæ promixa est pubertati, qua ætate qui sunt pupilli, cum de his sine tutoris auctoritate obligandis agitur, soli vocabulo pupilli ex sententia loquentium intelliguntur. *d.* §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip. et d. L. in negotiis*, *de reg. iur.* Et in his pupillis non abs re est, cur videantur superiores loci inter se dissidere. Omnes de pupillo simpliciter scripti sunt, et tamen in aliis omnibus constanter ostenditur pupillum quamvis sine tutoris auctoritate contrahendo naturaliter obligari: in duobus illis, quos dixi, id ipsum diserte negatur: de quo restat, ut cognoscamus. 10
† Ne tamen aut de proximis infantiæ frustra dictum sit antea, aut deinceps frustra dicatur de ætate posteriore: ante videndum est, proximum infantiæ a pubertati proximo quomodo distinguamus, et quæ ætas pupillaris his verbis notetur. Recte [1] Accursius ad *d.* §. *pupillus*, cuius sententiam ei Bartolus probat in *L.* 1. *infr. de novat.* totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse monet in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is incipiat vere dici proximus pubertati, quia re vera huic sit propior, quam infantiæ. Itaque pupillum esse proximum infantiæ, qui septem annis maior consistat adhuc intra annum decimum et dimi-

(1) Gom. 3. *res.* 1. *n.* 57. Quamvis hic alii non unis varient. Cuiac. ad *C. Continebatur* 6. *de despons. impub.* puellam pubertati proximam quæ agit vel explevit 11. annum per *d. C.* 6. *et C.* 21. *de spons.* Puerum qui gerit annum 13. Gr. *μελλέφηϐος* *et* Ræv. *ad L.* 111. *de R. I.* qui annum 13. ingressus teste Servio ad Virgil. *Eclog.* 8.

Alter ab undecimo tum me iam ceperat annus.

et P. Fab. ad *L.* 5. *de R. I.* Alii, qui 14. annum attigit vel ingressus *Rob.* 2. *rec. lect.* 17. qui tamen 3. *anim.* 32. videtur proximum pubertati definire qui nuper pubertatis annos prætergressus. Alii cui semestre deest ad pubertatis annos, Cuiac. 17. *Obser.* 4. *in fin.* 3. *not.* Merc. 12. Loriot. ad *L.* 2. §. 1. *de R. I. f.* 521. In criminalibus hoc admittit, in civilibus autem Bart. et Gometii, etc. definitionem probat, Catellia. Cotta in *Memoral. v. Pupillus.* Denique Coras. 6. *misc.* 23. *n.* 7. *et* 8. Covar. de *matrim. P.* 2. *Cap.* 5. *n.* 7. Vigl. in §. *testes* 6. *I. de testam. n.* 11. iudicis arbitrio relinquunt, quia puerorum alius alio præcociore est intellectu, citiusque dolum capit. Et ita post varias opiniones examinatas Menoch. 2. *urb. Ca.* 37. *n.* 20. *et seq.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. 185. *et seqq.* Phil. Matth. ad *L.* 108. *de R. I. n.* 31. *et seqq.* Setser. *Lib.* 4. *de Iuram. Cap.* 2. *n.* 13. *et seq.*

dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati: pupillam autem infantiæ proximam eam fore, quæ infantiam egressa consistat intra annum nonum et dimidium: quæ ex-
11 cessit, esse pubertati proximam. † Redeo iam ad huius pupilli, qui pubertati proximus sit, naturalem obligationem. Et in hoc, inquam, præcipue superiorum locorum dissidium constitit, nec, ut dixi, existimatur iniuria magnum subesse: cum in aliis tradatur pupillum etiam sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accipiendo, aut quid promittendo naturaliter obligari: in aliis duobus omnis hoc casu obligatio et nominatim etiam naturalis itidem in pupillo, et generaliter reiiciatur. Neque enim audiendus est hoc loco [2] Accursius, et qui huius sententiam vulgo secuti sunt. ad L. 1. *infr. de novat.* cum duos illos locos, quibus negatur pupillum natura obligari, de infante, et eo qui infantiæ proximus est, accipiendos docent: in quibus omnia cum in verbis, tum in sententia huic interpretationi refragantur. Ait Rufinus: *pupillus* (intellige, solus) *mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.* L. pupillus, *supr. prox. tit.* Et Neratius, *quod pupillus* inquit, *sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, eius repetitio est: quia nec natura debet*, L. quod pupillus, *supr. de cond. ind.* Uterque locus diserte de pupillo scriptus est, Pupillus non significat infantem. Omnis quidem infans si sui iuris sit, est pupillus: sed non omnis pupillus est infans. Unde igitur hoc sibi concedi volunt, ut quod de pupillo simpliciter dictum est, id interpretentur de infante? Repugnat non solum verbi significatio; sed etiam scriptorum intelligentium prudentia et consuetudo. Infantem si intellexissent iuris auctores in supra scriptis locis, infantem nominassent, non pupillum, si quidem vellent intelligi, ut qui scirent aliud esse pupillum, aliud infantem. In quo cum naturaliter et intelligenter locuti essent; tum vero secuti essent omnium non inepte loquentium et præsertim aliorum iuris auctorum morem, qui quoties id dicere volunt, quod sit infantis proprium, infantem exprimunt, et ad hunc nominatim conferunt orationem: ut *L.* 1. §. *ult. sup. prox. tit. L.* apud, L. *coram*, *infr. de ver. sig.* Quare cum in supra scriptis locis de pupillo definitionem conceperint, hunc ipsum intelligi voluerunt, quisquis pupillus sit, non infantem solum. Nec minus rerum, de quibus illi agitur, conditio repugnat, quominus eorum locorum auctores de infante senserint. Nam in priore agitur de pupillo, qui mutuam pecuniam acceperit: quod infanti non recte convenit: nemo enim facile tam stultus reperitur, qui soleat soli infanti mutuam pecuniam dare. In altero definitio est de pupillo, qui quid stipulanti promiserit: hoc vero infanti tribui non potest: quem certum est natura promittere verbis non posse, cum loqui non possit L. 1. §. *ult. sup. prox. titu.* Huc accedit, quod utroque in loco quæstio est, an pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obligetur ex contractu. Hæc [3] quæstio ex sententia loquentium ad eas personas accomodanda est, in quas cadet eiusmodi dubitatio. Alioqui definitio sit supervacua et inepta. Proinde referenda ad pupillum, qui fari potest, et qui pubertati sit proximus. Nam de infante nemo unquam dubitavit, quin is ex contractu non possit obligari, cum huius nullus sit intellectus, nullus consensus natura. Usque adeo, ut nec accedente tutoris auctoritate placeat eum obligari posse. *d.* §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip. d.* L. *in negotiis*, *infr. de regul. iuris.* Fatendum est igitur, quemadmodum cum in aliis locis simpliciter scriptum est pupillum naturaliter obligari, eum pupillum intelligimus, qui pubertati proximus est; sic et cum in aliis duobus simpliciter traditur pupillum nec natura obligari, hunc eundem pupillum præcipue intelligi debere: non quod non sit certius, infantem, et eum qui infantiæ proximus sit, non obligari natura, quam eum qui ætate provectior factus plus intelligit, quam priores; sed quia de prioribus satis natura ipsa admonemur, hoc non obligari, quia non intelligunt, quod agitur, eoque nec ad id intelligendum alia definitione admodum est opus: qui autem pubertati est proximus, is est solum, de quo ut præcipue dubitatur, ita potissimum iuris definitione caveri oportuit. Ita fit, ut de eodem pupillo dictum sit a iuris auctoribus, hunc sine tutoris auctoritate contrahendo obligari naturaliter; et rursum eundem nec naturaliter obligari. Quæ si dicta sunt diversis conditionibus, inter se

2) Et hove Hortens. ad *L.* 1. *de novat.* Alii tamen inter proximos infantiæ et pubertati distinguunt, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 1. Rob. 2. *rec. lect.* 17 et 3. *animad.* 21.

3) *Ita te* Baro in §. 1. *I. Quib. mod. re Contr.* Dusr. *de O. et A. C.* 2. Bronch. 1. *Ass.* 32. Addit Baro in §. 9. *de I. de inutil. stip.* quia iidem Iurisconsulti qui pupillum obligari negant, si solus, obligari dicunt auctore tutore, quod infanti non convenit.

se non pugnant; puta, si intelligamus obligari pupillum naturaliter, si locupletior factus sit: si non sit factus, nullo modo eum obligari. Sin intelligunt iuris auctores pupillum sine tutore auctore contrahentem naturaliter obligari etiam si locupletior inde factus non sit, relinquitur ea difficultas, quæ merito etiam doctissimos semper exercuit. Videamus ergo, num ad hæc conciliandа admitti possit superior distinctio, quæ tradita a Martino, et repudiata iam olim a veteribus interpretibus, nostra ætate 4 refricatur a quibusdam, et pro certissima obtruditur sine alia probatione, ut dicamus pupillum sine tutore contrahendo obligari posse naturaliter, sed ita, si locupletior factus sit; aliter nullo modo obligari, ac ne naturaliter quidem. Quod minime omnium recipiendum est. Prius enim ridiculum est: posterius pene tot locis refellitur quot locis significatur pupillum naturaliter obligari. Obligatur, inquiunt, pupillus naturaliter, si locupletior factus sit. Si intelligerent 5 naturaliter tantum, aperte falsum esset. Constat enim pupillum locupletiorem factum obligari etiam civiliter ex constitutione D. Pii. L. 3. §. *pupillus*, *sup. de neg. gest.* L. 3. *in pr. sup. com.* L. *pupillus*, *sup. com.* L. *pupillus*, *sup. de auct. tut.* Nunc autem hoc sentiunt, pupillum qui locupletior factus sit, etiam obligari naturaliter, dum fatentur obligari quidem eum civiliter, sed ita, ut velint simul eum et naturaliter obligari: quo responso nihil ineptius. Ut enim nunc a nobis, sic ab illis posita erat quæstio, an pupillus sine tutoris auctoritate contrahendo, non civiliter, sed naturaliter saltem obligaretur. Illi respondent interdum eum et civiliter et naturaliter obligari: aperte contra id ipsum, quod ab illis propositum fuerat. Quod autem dicunt pupillum nec naturaliter obligari, si locupletior factus non sit, perspicue falsum est, peneque, ut dixi, tot locis refellitur, quot ostenditur pupillum sine tutoris auctoritate promittente, aut mutuum accipientem obligari naturaliter: in quibus sunt hi præcipue *L.* 1. *in fin. infr. de novat.* hæc *L. si pupillus*, *L. cum illud*, §. 1. *sup. quan. di leg. ced. et* L. *Stichum*, §. *aditio*, *infr. de sol.* Ergo pupillum obligari naturaliter etsi non sit factus locupletior, satis probat hoc solum, quod statuitur in *L. in fin. infr. de novat.* si is sine tutoris auctoritate promiserit, ipsum naturaliter tantum obligari, non etiam civiliter: obligaretur enim utique et civiliter, qui locupletior esset factus, etsi sine tutoris auctoritate promisisset. *d. L. pupillus*, *sup. de*

4) Cuiac. in *d. L.* 127. *et* 21. *Obs.* 33. *et* 22. *Observ.* 23. *Pac.* 4. *Quæst.* 9. P. F. ad *L.* 5. *de R. I. Vult.* 1. *dis.* 16. Gœd. de *Contr. stip. Cap* 7. *n.* 212. *et seqq.* Hoper. *Lib* 1. πειθανῶν *pag.* 22. Phil. Matth. ad *L.* 5. *de R. I. n.* 20. *et seq.* Forst. *de pact. Cap.* 5. *p.* 96. *et seqq.* Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 19. Et ita quoque Govean. ad *L.* 1. §. 17. *ad L. Falc. n.* 17. *et seqq.* quia cum locupletior, natura æquum est teneri, ubi tamen *n.* 18. interdum natura debita dici, quæ reipsa credita et promissa, tametsi ad solutionem nulla æquitatis ratio urgeat. Sic accipit *L.* 1. *de Nov. L.* 95. §. 3. *de solut. L.* 25. §. 1. *Quan. di Leg.* in quibus speciebus non locupletior proponitur. Non quod iure gentium teneatur, sed quod re ipsa mutuo acceperit. Et inter naturalem obligationem quæ ex omni consensu, sed nullius effectus, etiam iure gentium deserta et iuris naturalis cui vis aliqua cogendi insit; ac iussum distinguit hac in re Coras. 6. *misc.* 22. *n.* 4. *et* A. Fab. 8. *Con.* 3. neminem ante se id dixisse iactinans, (quem et refellit Niell. *Disp. feud.* 2. *Th.* 4. *lit. C.*) Melius aliquando idem ad *L.* 28. *pr. de pact.* Ræv. ad *L.* 84. §. 1. *de R. I.* controversiam fuisse sentit inter proculianos qui non tam ius gentium nudum expenderint quam æquitatem naturalem; et Sabinianos qui ad nudum ius gentium retulerint, quo obligationes inductæ nulla personarum, ætatisque, sed sola rei habita ratione. Baro ad *L.* 1. *de. I. et I. et ad L.* 7. *de pact. et tit. I. Quib. mod. re Cont. in* §. 9. *I. de inut. stip. in manual. ad. L.* 13. *de cond. ind. et passim*, distinguit inter ius naturale et gentium. Sed melius in *tit. I. de auct. tut.* pupillum qui capit intellectum, natura quidem ex promissione obligari, sed illam obligationem semper infirmam habitam circa commercia, nimirum quod æquum gentibus visum non fuerit tam infirmum iudicium huic ætati nocere. Sic et A. Fab. ad *d. L.* 28. *pr.* Licet æquitas naturalis suadeat pacta servari, maior tamen contraria æquitas non patitur ut qui naturæ vitio sibi prospicere nequit, nocere possit. Duar. de *Cond. ind. C.* 6. obligari eum vel non, prout æquitas (ex qua omne hoc æstimandum, vid. *not. sup. Civil. Comment. Lib. XII. C.* 2. *N.* 2. id exigit. Quare in his quæ nullum aut leve incommodum afferunt obligari eum ut fideiussor accedere possit, novatio valeat. Et de *O. et A. C.* 2. consulendam hic philosophiam scribit, nec philosophum, de officiis differentem hic, simpliciter responsurum. Nec tantum an consenserit, sed an ex firmo iudicio et *consilio spectandum*, vid. *L. ult. de man. vind.* Obligari *itaque in iis* quæ nihil vel minimum officiunt. Non autem ubi de retentione rei solutæ agitur, nisi locupletior factus. Quæ eodem in effectu tendunt, quo Don. noster. Cum quo magis convenit Wes. in §. *pupillus* 9. *I. de inut. stip. n.* 2. Pagius quoque *d. Lib.* 4. *Q.* 9. quando non locupletior, naturalem obligationem in persona pupilli consistere, non respectu ipsius, sed aliorum, in quibus cessat æquitas. Nec est quod in Donelli sententia eruenda anxie laboret Gœd. *d. lo. n.* 225. *et seqq.* cum eam ipse aperte prodiderit. Absit vero ut unquam absolutissimus IC. de duplicis obligationis unius realis. alterius personalis concursu in eandem personam vel somniarit. Aliter Balduin. ad *pr. I. de auct. tut. n.* 11. Bronch. 1. *Ass.* 32. Gutierez. *in repet. L.* 55. *de leg.* 1. *n.* 146. *et seqq.* Loriot. *ad L.* 2. §. 1. *de R. I. f.* 423. et aliter idem de *Iur. arte tract.* 17. *et seqq. axiom.* 40.

5) Ita et arguunt Rob. 2. *rec. Lect.* 17. Loriot. ad *d. L.* 1. §. 1. *de R. I. f.* 223. Sed in hoc a nostro recedo, quia potest et actio oriri ex obligatione naturali, vid. *not. supr. Civil. Comment. Lib. XII. C.* 2. *N.* 15. non tamen ordinaria et directa. Quin obligatio civilis ex contractu requirit conventionem. Quæ deest non tantum ubi plane nullus, sed et ubi non integer consensus ut hic *L. ult. de mand. vind.* Nec certe ideo perfectior consensus, si a nullo suppletur, quando locupletior redditur impubes, quia nec hoc ipsum augeat, ne rem an imminuat, plene intelligit. Quid quod noster ipse *L.* 64. *ad Treb. et L.* 22. *ad L. Falc.* de locupletiore reddito accipit, quæ tamen LL. aperte naturalem obligationem vocant.

de auct. tut. Quid hoc responsum Scævolæ, in quo versamur, an non id ostendit evidentissime? proponitur enim pupillus promisisse sine tutoris auctoritate, et præterea is esse adversus quem nulla sit petitio: proinde nec directa, nec utilis. Ex quo intelligi debet eum proponi, qui non sit factus locupletior: postquam placuit in pupillum non tantum tutori, verum etiam cuivis alii actionem dandam in quantum locupletior factus est: *d.* L. *pupillus*, *L.* 3. *sup. com.* Vult autem Scævola eum pupillum ita promittentem obligari saltem naturaliter, dum pro eo fideiussorem recte intervenire statuit. Manifesta est igitur huius responsi sententia pupillum sine tutoris auctoritate promittentem etiam tum, cum locupletior factus non est, naturaliter obligari. Nisi forte ferendum est, ut hic divinemus pupillum locupletiorem factum esse, et hæc verba Scævolæ, *nulla hic petitio est*, sic accipienda sint: nulla est ante rescriptum D. Pii, ut nonnulli hic argutantur. Quod plus quam ridiculum est: Neque enim hæc eadem sunt: nulla nunc petitio est; et, nulla fuit ante rescriptum Divi Pii. De præsenti autem tempore et suo loquitur Scævola, non de præterito. Multoque minus eius sententiæ congruit verba sic accipi, quasi olim ante superius rescriptum nulla fuerit adversus pupillum actio. Si enim intelligit olim nullam fuisse, etsi nunc sit, ipse se refutat, dum in proposito negat pupillum moram facere ideo, quia nulla mora ibi intelligatur, ubi nulla petitio est. Diceremus enim statim hac ratione pupillum hic moram facere videri quia hoc tempore, de quo nunc agatur, sit actio adversus pupillum. Verum tamen ne anxie laboremus, quod de pupilli obligatione naturali dicimus, diserte traditum est in *L. cum illud*, §. 1. *supr. quan. di. leg. ced.* Scribit enim Papinianus in hoc legato, *heres meus Titio dato*, *quod mihi Seius pupillus debet*, *si quidem Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset*, *nec locupletior factus esset*, nullum præsens debitum esse; proinde nullius momenti esse legatum, si ad hoc debitum testator verba retulit. Cæterum in eo debito inesse naturalem obligationem. Hanc si cogitavit testator, utile esse legatum, ut tunc debeatur, cum pupillus solverit. Ait nominatim *nec locupletior factus esset*: quam lectionem [6] qui mutandam putant, et pro *nec* legendum *et*, moti eo, quod in Pand. Florentinis particula *nec* inclusa sit semicirculis hoc modo (nec) faciunt admodum imperite, qui ut eum locum ad suam sententiam detorqueant, plus semicirculis nescio quibus, quam manifestæ sententiæ eius loci tribuunt. Respondet enim statim ex hypothesi Papinianus, in hoc debito pupilli nullum præsens debitum esse, id est, nullum, quod iure ab invito possit exigi. Quod aperte falsum esset, si pupillus proponeretur locupletior factus: cum, ut iam sæpe diximus, in pupillum statim actio sit, quatenus locupletior factus est. Idem expressit Papinianus in L. *Stichum*, §. *aditio*, *infra*, *de sol.* ait enim, si creditor pupillo cui sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres extiterit, non consecuturum eum quanto locupletior pupillus factus est; sed in solidum creditum suum retinere; atque ita aditionem pro solutione cedere. Non est creditum, nisi ubi est debitum: nec solutio intelligitur, nisi eius quod debetur. Debet igitur pupillus pecuniam mutuam, quam sine tutoris auctoritate accepit, et debet in solidum etiam ultra quam locupletior factus est. Non potest debere civiliter: restat, ut debeat tantum naturaliter. Stet igitur hæc sententia, pupillum qui sine tutoris auctoritate vel promisit quid, vel mutuum accepit, nec locupletior factus est, civiliter quidem nunquam obligari: at dum is sit, cuius aliquis sit intellectus, eoque et consensus idest, dum sit proximus pubertati, placere hunc naturaliter obligari propter consensum. Idque tum dici a veteribus animadvertendum est, non solum cum locupletior factus non est pupillus, neque tamen eo nomine quidquam ei abest; sed etiam cum id quod debebat, sponte solvit, ut declaratur *d. L. cum illud*, §. 1. *supr. quan. di. leg. ced.* Quid ergo iam dicimus de eo, quod superioribus illis duobus locis tam aperte definitur, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem nec naturaliter obligari? Aio et hoc vere dici in eodem pupillo, idest, etiam in eo, qui pubertati proximus sit, idque eodem tempore, iisdemque conditionibus, idest

6) Cuia. ad *L.* 127. *de U. O.* (*not. a Rob.* 1. *rec. lect.* 17. contra quem se defendit 17. *Obs.* 4.) *et* Pac. 4. *Q.* 9. Merc. *in Conciliat. p.* 707. Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 19. Andr. Clud. *de Iure sequestr. C.* 12. *N.* 10. Vult. 1. *discept.* 16. Cuius emendationis vanitas ex ipso contextu liquet, ut et Goth. *notat. ibid.* Unde aliam responsionem quærit Gœd. *d. C.* 7. *n.* 2. 249. *et* 2. *seqq.* quasi naturalem obligationem statuat ibi IC. non ex iure sed opinione testatoris, qui cogitaverit pupillum forte locupletiorem redditum, aut cum suæ ætatis, obligationem ratam habiturum. Quæ probatur a Forst. *de pact. C.* 5. *p.* 98. *et seqq.* convellitur *ab* Arumæ. *de Mora C.* 6. *n.* 15.

idest, tunc, cum locupletior factus non est, et sive quid ei iam absit ex ea causa, sive non absit. Neque tamen hæc inter se contraria sunt. Dicunt enim recte eodem tempore et in eadem causa, sed diversis rationibus. Obligatur pupillus naturaliter, si res spectetur: in re enim obligatio est ex eius consensu, qua secundum naturam rei gestæ non minus tenetur ipse, quam eius accessiones. Dicitur idem non obligari nec naturaliter habita personæ eius ratione: quia obligatio in persona eius est sine effectu, non propter conditionem obligationis, quæ alioqui vere subest; sed propter personam pupilli, cui hoc tribuitur, ne obligatio ei ullo modo noceat. Aio in re esse obligationem ex eiusmodi consensu, neque id sine effectu, ne quis forte ideo obligationem esse neget, quia effectu careat, et merito neget, cum res ex effectu suo æstimentur, et dici soleat verba cum effectu accipienda esse. L. 1. *supr. quod quis iur.* Si enim a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa, aut nocet, quam si alius quivis fuisset iure obligatus. Prodest ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit novatione, dum hic quod sibi ab alio debetur, stipulatur, a pupillo novandi animo. Liberatur enim debitor hac stipulatione non minus, quam si creditor ab alio quovis stipulatus esset; non alia de caussa, quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa novationem peperit, ac sine eo nulla facta esset novatio. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* L. 1. *infr. de novat.* Nocet eadem obligatio fideiussoribus, et cæteris, qui accessionum locum obtinent: qui pro pupillo ita obligatio intercedentes non minus ex ea caussa tenentur, quam si pro civili obligatione intercessissent. L. *ult. supr. de iur. et hac* L. *si pupillus.* Quod fieri non potuit, nisi et hic prius in persona pupilli obligatio constitisset vere naturalis. L. *fideiussor*, §. *fideiussor*, *infr. de fid.* Sed eadem pupillo ipsi nunquam nocet: non enim solum pecunia ab eo invito peti non potest; sed etiam si solverit, datur ei ultro soluti repetitio. *d. L. quod pupillus*, *supr. de cond. ind.* in qua tamen deneganda effectus naturalis obligationis potissimum cernitur. *d. L. fideiussor*, §. *fideiussor*, *de fid.* L. *naturales*, *supr. prox. tit.* At quamobrem datur ei soluti repetitio ex hac caussa? videamus. Non utique quia non obligetur ipse re vera, seu quia non subsit vere obligatio, quæ in eius persona constiterit: alioqui quomodo prodesset aut noceret aliis, quæ in eius persona initium non habuisset? Sed cum ipse obligetur, et in re, ut dixi, obligatio sit, ideo non tenetur, quia personæ eius hoc tribuitur, ut possit repetere, quod solvit: personæ, inquam, non rei aut caussæ. Et ideo cum in hac caussa datur pupillo repetitio, dicitur persona locum facere repetitioni. L. *interdum*, *supr. de cond. ind.* Ut sit sensus, hanc ideo tribui, non quia non fuerit debitum, quod pupillus accepit, aut promisit; sed quia personæ beneficium sit, quod ei conceditur. Non esset beneficium personæ, si in re obligatio nulla esset. Hæc res facit, ut quod eius personæ præstatur, hoc nequaquam ad alios pertinere debeat, ut fideiussores, et cæteras accessiones. *L. cum patronus*, *supr. de leg.* 2. L. *quia tale*, *sup. sol. matr.* Ut in summa recte dici possit, pupillum quod ipsi et aliis utile sit, sine exceptione ex contractu etiam sine tutoris auctoritate naturaliter obligari: quod autem noceat, ipsum obligari aliis, non sibi, dum ea obligatio accessiones non minus tenet, quam si civili obligationi accessissent: ipsi autem non nocet, ut qui etiam ex ea caussa solutum possit repetere. Sed in hac ipsa repetitione duo loci rem impediunt. *L. si pupillus*, *supr. ad leg. Falc.* et *L. si eius*, *supr. ad Trebell.* in quibus etsi summa quæstio de alia re instituta est, quam an obligetur pupillus: tamen ad quæstionem propositam utrobique pro certo sumitur pupillum cui sine tutoris auctoritate pecunia mutuo data sit, non solum ex ea caussa obligari naturaliter, sed etiam ea obligatione ita teneri, ut si solverit, non repetat. Quibus verbis confirmatur ex hac caussa vere pupillum obligari naturaliter ita, ut non solum in re sit obligatio, sed etiam in pupilli persona: quod supra negavimus. In quo iam aperte statui videtur sententia plane contraria *d. L. quod pupillus*, *supr. de cond. ind.* et *d. L. pupillus*, *supr. de obl. et act.* Et intelligendum est in persona pupilli, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, naturalem obligationem duobus modis dici. Uno modo eam, quæ vere et omni ex parte sit obligatio, idest, quæ sit non tantum in re quæ gesta est, sed etiam in persona pupilli, ut quæ etiam ipsum teneat. Altero modo eam, quæ in re quidem obligatio sit, sed in persona pupilli non sit, quia beneficio personæ hoc consequatur pupillus, ne teneatur ea obligatione. Prior est, cum pupillus pecunia accepta locupletior factus est. Nam et tunc etsi tenetur pupillus civili actione, dicitur ta-

tamen absolute obligari naturaliter *d.* L. *pupillus*, *supr. de auct. tut.* ut sit, secundum naturæ æquitatem: quoniam natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *L. naturaliter*, §. *ult. et L. nam hoc seq. supr. de cond.* Posterior est, cum pupillus non est factus locupletior. Quam ita oriri ex contractu pupilli ostendi, ut ad alios quoque pertineat non solum ut prosit, sed etiam ut noceat. Veruntamen hactenus, ne noceat pupillo: qua ratione dum persona pupilli spectatur vere dixeris pupillum nec natura teneri. De posteriore obligatione nunc agimus: de qua verissima est ea sententia quam paulo ante statui. De priore superiores loci duo accipiendi sunt, idest: ea qua dicitur pupillus vere obligari naturaliter ob id, quod locupletior factus est. Neque dubitabimus id ita esse affirmare, quamvis de eo nihil aperte exprimatur. Satis enim intelligitur non dicam ex effectis (quanquam hæc ipsa id facile arguunt: quod enim ei obligationi naturali, de qua illic agitur, id tribuitur, ut impediat in pupillo soluti repetitionem, satis declarat eam obligationem notari, qua teneatur, ob id, quod factus sit locupletior: nam alioqui a pupillo solutum condici posse constat *d.* L. *naturaliter.* §. *ult. supr. de cond. ind.*) sed intelligitur præcipue neque id obscure ex verbo creditoris, quo verbo nominatur utroque in loco is, qui pecuniam pupillo sine tutoris auctoritate mutuam dedit. Creditor is accipitur tantum, cui ex aliqua actione debetur. L. *creditor*, *L. creditores*, *infr. de verb. signific.* In hoc numero non est is, qui pecuniam pupillo sine tutore credidit, nisi pupillus ex ea pecunia factus sit locupletior: hac enim conditione solum actio in pupillum datur. *d. L. pupillus*, *de auct. tut.* Quare appellatione creditoris satis, ut dixi superioribus in locis hæc ipsa conditio exprimi intelligitur. Sed si in illis locis pupillum locupletiorem factum accipimus, cur in his tractant Iurisconsulti, an pupillus solutum condicere possit, necne; cum constaret ex rescripto D. Pii etiam ultro adversus eum actionem dari; cui autem creditori actionem damus, stultum esset dubitare, an ei in eadem caussa detur exceptio? *L. invitus*, §. 1. *infr. de regul. iur.* Siquidem illis in locis quæreretur, an pupillus locupletior factus solutum posset repetere, quia pupillus est tantum; stulta esset dubitatio, nec satis digna Iurisconsulto. Sed ne frustra id tractari utroque in loco existimemus in eo pupillo, qui locupletior est: acciderat extrinsecus in specie utriusque loci, quod in vera etiam hominis idonei obligatione posset de eo dubitationem afferre. Nam in *L. si pupillus ad leg. Falc.* pupillus solverat vere debitum, utpote creditori: sed solverat conditionis implendæ caussa: erat enim ei legatum relictum a creditore sub conditione, si decem quæ ei mutuo data erant sine tutoris auctoritate, heredi reddidisset. Hæc reddidit ut pareret conditioni, eaque impleta consequeretur legatum. Quod conditionis implendæ caussa datur, placet in Falcidiam non imputari. *L. id autem*, *supr. ad leg. Falc.* Dubitatur igitur, cum hic etiam solverit debitum, an pro debito soluto accipiendum sit, ut sic imputetur in Falcidiam; an potius pro eo quod implendæ conditionis caussa datum sit, ut ne imputetur. Pro debito soluto respondet Paulus: adeoque pro debito soluto, ut quamvis pupillus legatum repudiaverit, aut Stichus legatus decesserit, atque ita nihil ex eo legato consequatur pupillus; tamen is solutum repetere non posset. Quod utique in eo, quod per caussam conditionis implendæ solutum est, etiam si ante vere et certo debitum esset, iustam tamen dubitationem habuit. Sic in L. *si eius ad Trebell.* cum quæritur, si pupillus pecuniam, quam mutuam acceperat sine tutoris auctoritate, solverit ei, cui restituta est creditoris hereditas, an possit ab eo repetere; satis declaratur fuisse eam obligationem pupilli, ex qua creditori suo teneretur. Sed ideo dubitatur, an possit in hac caussa repetere, quod solvit, quia videatur alii solvisse, quam creditori, dum ei solvit, cui restituta est hereditas creditoris. Quod negat Marcellus, hac ratione, quia ab herede creditore in fideicommissarium post restitutionem naturalis obligatio translata intelligatur. Hoc vero non minus in alio quovis debitore, qui vere et civiliter deberet, potuit dubitari.

Ad L.

Ad L. Si duo. 128.

Paulus lib. x. *Quaestionum.*

Si duo rei stipulandi ita extitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur: ei qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur: quia non alterius nomine ei solvitur, sed suæ obligationis, quæ nulla est. Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur: si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat: etiam si desierit eius esse, non recte solvitur: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

SUMMARIA.

1. *Ex reis duobus stipulandi, quando alteri solvendo promissor ab altero liberetur.*
2. *Ex reis duobus stipulandi ei, qui inutiliter stipulatus est, frustra solvitur, ut promissori liberatio contingat.*
3. *Ex reis duobus stipulandi is, qui inutiliter stipulatus est, pro adiecto solutionis gratia non habetur.*

1 CUm duobus reis stipulandi quid promissum est, potest promissor utri ex his volet, quod promissum est, solvere, eique solvendo etiam ab altero liberatur. §. *huiuscemodi*, *Instit. de duob. reis*, L. 3. *infra*, *eod.* Hoc ita est, si duo rei
2 utiliter stipulati sint. † Sin ita extiterunt, ut alter stipularetur inutiliter, puta aut sub conditione impossibili, aut rem suam: huic quandoque frustra solvetur, ut promissori liberatio contingat. Quippe huius stipulatio cum sit inutilis, pariter et ad obligationem inutilis est, et ad solutionem: solutio enim nisi in rem ex obligatione præcedente debitam cadere non potest. Verum id efficit Paulus alia ratione: *quia*, inquit, *ei*, *qui inutiliter stipulatus promissorem obligatum non habet*, *alterius rei stipulandi nomine non solvitur*, *sed suæ obligationis.* Et quid si solveretur ei alterius nomine? Paulus pro certo habet id promissorem facere non posse, et recte; cum hanc potestatem illius nomine solvendi ab illo non acceperit. Is enim stipulatus est tantum sibi, non sibi, aut alteri reo stipulandi. Ita restat, ut ei, qui inutiliter stipulatus est, solvatur tantum suæ obligationis nomine. At hoc frustra quia hæc obligatio, inquit Paulus, *nulla est*. Est igitur hoc dilemma Pauli: si ex duobus stipulandi reis ei, qui inutiliter stipulatus est solvi potest; necesse est ei solvi aut alienæ obligationis nomine, aut suæ. Alienæ nomine non potest, cum contra ius sit promissorem alii solvendo, quam creditori liberari invito creditore. Suæ non potest per rerum naturam, cum ea obligatio nulla sit. Proinde nullo modo ei solvi potest. Sed cum uno verbo dici posset solutionem non esse, nisi præcedentis obligationis nomine eoque non posse solvi, ei cui ex inutili stipulatione nihil debetur; quid attinebat hanc rationem adiicere, ut diceret non solvi alterius nomine. Non dubium est, quin ratio hæc addita sit non tam rei recta confirmandæ, quam tacitæ obiectionis removendæ causa. Nam cum quis stipulatur sibi aut Titio, in persona Titii nulla contrahitur obligatio; eique omnino nihil acquiritur ex ea stipulatione: et tamen ei recte solvitur. §. *plane*, *Instit. de inutilib. stipul.* Unde existimari possit hic quoque in huius rei stipulandi persona, qui inutiliter stipulatus est, idem probandum esse.
† Paulus obiectionem removens innuit longe dissimile id esse: quoniam in superiore exemplo Titius adiiciatur a stipulatore ipso, ut sit potestas ei solvendi voluntate creditoris. Nihil hic tale, ubi uterque reus stipulandi stipulatur solum sibi dari, non sibi aut alteri stipulandi reo. In summa, in cuius persona stipulatio ad acquirendam obligationem est inutilis, quemadmodum huic ex ea stipulatione nihil deberi potest; nec ei solvi, quod in stipulationem deductum est, quo promissor ab alio, qui idem, quamvis simul, utiliter stipulatus fuerat, liberetur: quia non hoc actum fuerit. Idque vel ex eo apparet, quod ut sibi obligationem acquireret, non autem ut sibi alterius obligationis nomine solvi posset, stipulatus est. Utitur autem Paulus huius sententiæ argumento, vel potius superiore ratione ad id probandum, quod sequitur, Stipulatus quis est Stichum aut Pamphilum, cum Pamphilus esset stipulatoris: itaque in Pamphilo stipulatio non constitit. *L. scire*, §. *ult.* *L. nemo rem*, *supr. eod.* Quæritur, si is postea desierit esse stipulatoris, an possit a promissore solvi pro ea electione, quæ ex disiuncti-

ctiva obligatione creditori tribuitur. Movet, quod Stichum aut Pamphilum ita stipulatus est, ut in hac disiunctione liceret dare alterutrum. Proinde licebit ex conventione etiam dare Pamphilum. Nec ea re impediemur, quod Pamphilus non debetur: nihil enim vetat, quominus in solutione sit, qui tamen non debeatur: cum possit ex conventione ut alii solvi, sic solvi aliud pro alio. Paulus ait ideo solvi hic Pamphilum non posse, quia non ad hoc positus sit, ut solvatur tantum, sed ut in obligationem deducatur: significans ideo non posse solvi, quia non hoc fuerit actum, ut posset: eiusque rei argumentum esse, quia positus fuerit ad obligationem: cui proposito contrarium est, ut possit tantum solvi, cum non debeatur.

Ad L. Si quis ita. 129.

Vide L. 63.

Ad L. Quod dicitur. 130.

Exposui ad *L. stipulatio ista.* 39. §. *alteri, supr.*

Ad L. Iulianus 131.

Scaevola lib. XIII. *Quaestionum.*

Iulianus scripsit, si neque per te, neque per heredem tuum Titium fieret quo minus mihi ire liceat, stipuler: non solum Titium teneri si prohibeat, sed etiam coheredes eius.

SUMMARIUM.

1. *Ex stipulatione hac, neque per te, neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat, prohibente Titio, an cæteri coheredes teneantur.*

1 Stipulatus quis est per promissorem non fieri, neque per Titium heredem eius, quominus sibi ire agere liceat: prohibet Titius heres. An teneantur eo facto et cæteri coheredes, non solus Titius, quæritur. Tenerentur citra ullam dubitationem si promissor aut de heredibus nihil expressisset, aut cavisset de omnibus. L. 2. §. *item si in facto*, L. 4. §. *Cato*, *supr. eod.* Nunc cum de Titii solum facto caverit promissor, videri potest, id actum, ut is solus, non etiam cæteri coheredes teneantur. Et placuit nihilominus hic quoque teneri cæteros. Merito primum quia Titii persona frustra adiicitur, ut solus teneatur ex stipulatione hereditaria in solidum, qui solus non est heres, cum non minus et cæteri in eam obligationem succedant. *L. eum*, *qui ita*, §. 1. *supr. eod.* Deinde quia non adiicitur obligationis caussa, sed conditionis. Promittit enim reus solidum id quod interest, quæ obligatio ad omnes heredes pertinet: sed sub conditione, non si alii quoque heredes, sed si solus Titius prohibuerit. Qua conditione id efficitur, ut Titio prohibente tanquam conditione impleta stipulatio committatur in solidum: aliis autem heredibus prohibentibus non committatur; sive quod conditio stipulationis hoc modo non extiterit: sive quod cum de aliis heredibus nihil cautum sit, vere dicturi simus his prohibentibus nihil factum esse contra, quam cautum est. Ita ad obligationem persona Titii frustra adiiceretur, in hac specie: ad conditionem cuius caussa comprehensa est, adiicitur non frustra.

Ad §. Qui fundum.

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur: quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur, nam interest eius quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. Sed si donationis caussa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Venditor quatenus emptori teneatur.*
2. *Dari fundum promittens ad quid obligetur, quidque hac dandi stipulatione contineatur.*
3. *Dari fundum sibi aut Titio stipulatus, si fundus traditus sit non ipsi, sed Titio, an nihilominus petere fundum possit, ut sibi de evictione promittatur.* 2
4. *Donator, si nihil dolo malo eius fiat, non obligatur de evictione donatario.*

1 QUI vendidit, evictionis nomine obligatur emptori. L. *ex empto*, *in pr. supr. de act. empt.* Sed et re nondum evicta tenetur, ut rem habere licere emptori caveat, idest, ut promittat de evictione.
2 *ead. L. ex empto. §. venditorem.* † Multo magis utriusque rei nomine obligatur, qui promisit rem, puta fundum dari. Hac enim stipulatione continetur, ut promissor fundum faciat accipientis. L. *ubi §. ult. supr. eod. §. sic itaque*, *Inst. de act.* Non fit autem accipientis, qui tanquam alienus postea evincitur. Quo fit, ut evicto eo agi possit tanquam de eo, qui datus non fuerit. *L. cum quis*, *§. qui hominem*, *L. si quis aliam*, *infr. de sol.* Qua ratione etiam si fundus promissus sit ex donationis caussa, nihilominus evicto eo fundus adhuc peti potest. Quæcunque enim caussa præcedet, semper verum erit fundum datum non esse, quem ex eventu alienum esse apparuit. Neque huic sententiæ contrarium est, quod qui rem donavit nulla præcedente dandi obligatione, re evicta evictionis nomine non tenetur, si rem alienam esse ignoravit. *L. Aristo*, *§. ult. supr. de don.* Ut enim ante non fuit obligatus, ut daret; sic cum donat, non ideo eo facto quidquam cum donatario contrahit; cum neque illi promittat quidquam, neque ab illo accipiat quid ea lege, ut vicissim quid illi præstet aut faciat. Sed etsi traditus sit promissus fundus, et necdum evictus: tamen quia fieri potest, ut sit alienus, ac postea evincatur, stipulatione dandi hoc quoque putatur contineri, ut stipulatori de evictione promittatur: quo nomine et adversus promissorem agi potest, ut hic traditur, et *L. etiam*, *infr. de solut.* Placet autem de eo ita agi posse, non ut petatur recta hæc cautio, aut agatur eo nomine in id, quod interest, ut fit ex caussa emptionis, cum ut venditor de evictione caveat, ex empto agitur. *d. L. ex empto*, *§. venditorem.* (non enim ex stipulatione peti potest id, de quo præstando stipulationis verbis non aperte cautum fuerit, *L. si filiusfamil. §. ult. L. quidquid*, *supr. eod.*) sed ut petatur fundus ipse, qui promissus est, quasi nec datus. *d. L. etiam*, *de sol. et hic.* Etsi enim fieri potest, ut fundus factus sit accipientis, utpote a domino traditus: tamen quia incertum id est, et fieri potest, ut sit alienus, idcirco sic res accipitur, quasi nec datus esset, prius quam stipulatori eo nomine cautum sit: quod ita fit, si ei de evictione promittatur. Notandum est autem in eam rem fundum totum peti, non pro parte; quoniam et in totum fundus non datus intelligitur, nisi qui ita datus est, ut ob præcedentem aliquam caussam evinci non possit, quin eo nomine cautum sit stipulatori. Et hoc est, quod dicitur in *d. L.* etiam: *quandiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsam rem petendam esse: ut puta si ius quoddam cautionis supererit.* Ubi *ius rei* accipere debemus, ius rei habendæ, seu quo fit, ut quis tuto incipiat rem habere: quod consequitur cautione de evictione. Id autem ius, atque hæc cautio ad rem totam, non ad partem eius habendam pertinet. Alioqui certi iuris est, cum ex eo quod promissum est, pars est soluta, in id solum, quod deest, superesse actionem, promissore pro ea parte, quæ soluta est, liberato. *L. stipulatus. 9. §. 1. infr. de sol. L. eum*, *qui ita*, *§. si a te*, *supr. eod.* Hoc ius pro confesso sumit Scævola, sive quis fundum sibi tantum stipulatus sit, sive stipulatus sit sibi, aut Titio; et fundus stipulatori sit traditus. † Hinc tractat, an idem probandum sit, si cum quis fundum sibi aut 3
Titio dari stipulatus esset, fundus traditus sit non ipsi, sed Titio. Ille ait etiam hoc casu stipulatorem *nihilominus petere fundum posse*, *ut sibi de evictione promittatur*; *si modo non donationis caussa Titium interposuerit.* Quod ait stipulatorem posse adhuc fundum petere, ut sibi de evictione promittatur, etiam si ex alia quavis caussa, quam donationis Titium interposuerit; non usquequaque expeditum est. Non enim satis est, quod subiicit, stipulatoris interesse ipsi de evictione promitti, ut eo nomine possit ex stipulatu agere. Opus est, ut et id ex stipulatione debeatur; quod ita fit, si etiam de eo præstando comprehensum sit verbis stipulationis: sine quo ex stipulatione nihil potest deberi. *L. quidquid*, *supr. eod. L. quia tantundem*, *supr. de neg. gest.* Atqui in proposito nulla eiusmodi cautio de evictione deberi videtur stipulatori ex stipulatione, idcirco quia nec stipulatione sit promissa,

Te-

Tenendum est enim ex hac stipulatione *mihi aut Titio dari*, dum Titio solvatur, mihi non promitti, omninoque promissorem ut præstantem, quod debuerit, liberari. Videamus autem, quid his verbis, *fundum Titio dari* contineatur. Et continentur hæc duo; ut ei fundum promissor tradat dominii transferendi caussa, et præterea ut propter incertitudinem translationis caveat ei de evictione. Quod nisi contineretur superioribus verbis, ut hoc idem caveretur Titio; ne stipulator quidem ipse, qui stipulatus est sibi dari, posset eo nomine ex stipulatione agere. Quapropter si postquam promissor fundum Titio tradidit, paratus est eidem de evictione cavere; eadem opera et stipulationi satisfecit, fundum nimirum Titio dando, et hoc modo a stipulatore in totum liberatus sit, necesse est. Et putem omnino, si promissor paratus sit re Titio tradita eidem cavere de evictione, stipulatorem, ut sibi eadem evictio promittatur, fundum petere non posse; quia verum sit, quod dixi, promissorem hoc modo dedisse fundum Titio, id quod promiserat, atque ita stipulationi satisfecisse. Itaque quod hic dicitur stipulatorem nihilominus posse fundum petere, ut sibi de evictione promittatur, sic accipiendum est, si nihil amplius, quam fundus Titio traditus sit, ut est in conditione huius loci. *Quamvis*, inquit Scævola, *fundus Titio traditus sit*, *nihilominus fundum petere potest*, et quæ sequuntur. Et iure tunc fundum potest stipulator petere, non aliter, quia tum deest illa cautio evictionis, quæ alterutri præstari debet ex stipulatione, aut stipulatori, aut Titio: quæ cautio quia non præstatur Titio, relinquitur, ut sit præstanda stipulatori. Hanc vero ille consequetur fundum petendo, non aliter, quam fundum peteret et ad traditionem, et ad cautionem de evictione exigendam, ubi plane nihil traditum esset Titio. Sed tamen et hoc ipsum hoc casu ita probat Scævola, si modo intersit stipulantis ipsi de evictione promitti. Et recte. Etsi enim quis stipulando fundum sibi aut Titio dari, verbo dandi in utriusque persona semper stipulari intelligitur fundum tradi, et simul de eius evictione promitti, ut nisi posterius caveatur Titio, id ex verbis stipulationis præstari debeat stipulatori, sive eius intersit sive non intersit: tamen ad vim stipulationis et actionem acquirendam iure non est satis quid stipulatum esse verbis, nisi et stipulantis intersit id præstari: cum inventæ sint stipulationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr.* Hinc distinctio Scævolæ hoc loco, ut fundo Titio tradito, si quidem stipulator ex alia quavis caussa Titium interposuit, quam donationis, fundum nihilominus possit petere, et hoc modo consequi, ut sibi de evictione promittatur: sin interposuit donationis caussa, non possit. Quippe id promitti illic stipulantis interest, ut qui tum fundum Titio traditum ab eo recepturus sit, ac proinde habiturus, quod sibi possit evinci: hic nihil interest, ut qui non sit recepturus. Neque porro metuendum est, ut ei evincatur is fundus, quem non habeat. Titio, cui traditus est, evinci potest. Sed hoc non fieri stipulatoris nihil interest. Quod non alia ratione intelligendum est fieri, quam quod propter eam evictionem nihil decedat stipulatori. † Qua ratione satis confirmatur illud, quod supra dixi, eum, qui donavit, quod sine dolo malo eius fiat, non obligari de evictione donatario: quod et verum est, ut satis ostendi. Neque aliud probandum esse existimo, etsi quis remunerationis caussa fundum donatum voluerit Titio. Quamvis enim qui beneficium prius acceperat, naturaliter dicatur obligatus esse ad remunerandum, *L. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *supr. de pet. her.* non tamen ita obligatur, ut teneatur eo nomine, sive non sit remuneratus, sive id, quod remunerationis caussa dederat, evictum fuerit: itaque id evinci ei nihil nocet. Ad actionem autem aut exceptionem alicui acquirendam non sufficit quoquo modo eius interesse: sed id tale esse oportet, ut intersit pecuniariter. *L. fideiussoris*, *supr. de pact.*

Ad L.

Ad. L. Quidam. 132.

Paulus lib. XV. *Quaestionum*.

Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset, quaero, si postmodum domo eum propulerit, vel moriens nihil ei testamento reliquerit: an stipulatio committetur; et quid intersit, utrum filius, an alumnus, vel cognatus agentis fuerit. Praeterea quaero, si filium suum quis ligitime in adoptionem dederit; et ita ut supra scriptum est, stpulatio intercesserit, eamque pater adoptivus exheredaverit, vel emancipaverit: an stipulatio committatur. Respondi: Stipulatio utilis est in utroque casu. Igitur si contra conventionem factum sit: committetur stipulatio. Sed videamus primum in eo qui legitime adoptavit: an possit committi si eum exheredavit, vel emancipaverit. Haec enim pater circa filium solet facere. Igitur non aliter eum quam ut filium observabit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus si et meruit exheredari? Emancipatus plane et hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset vel exheredasset, certum quid promitteret: quo tamen casu commissa stipulatione, potest quaeri an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso: maxime si patri naturali heres extitisset: an victo deneganda est ex stipulatu actio. Sed si ei qui stipulatus est, non debuit denegari: victo filio, nec ipsi deneganda erit debitae pecuniae executio. In eo autem qui adoptavit, quem intellectum habeat haec conceptio, si eum aliter quam ut filium observasset, non prospicuo, an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio iure: in eo qui haec non fecit, dicit supervacuo; dici tamen poterit commissam esse stipulationem.

SUMMARIA.

1. *Species facti, et quæstiones inde emergentes.*
2. *Responsum Pauli ad singulas quæstiones.*
3. *Stipulatio qua cavetur, ut is, qui suscipitur pro filio, instituatur heres a promissore, ut filius, an valeat.*
4. *Stipulatio, qua filium alienum suscipiens promittit certam pecuniam, si eum aliter quam ut filium observaverit, quibus factis committatur.*
5. *Stipulatione superiore ob exheredationem filii adoptivi commissa, an inofficiosi quærela exheredato permittatur.*
6. *Filio victo in quærela inofficiosi an deneganda in proposito sit ex stipulatu actio.*
7. *Stipulatio proposita, an et quomodo ab extraneo, qui non adoptavit filium, committatur.* et n. 9.
8. *Lectio, et sententia* vers. Sed si is qui.
10. *Summa huius responsi.*

1 Quidam cum filium alienum pro suo susciperet, tradendi promiserat certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quam ut filium observasset. Is susceptum deinde domo expulerat, aut moriens nihil ei testamento reliquerat, aut utrumque fecerat. Stipulator pœnam petebat stipulatione comprehensam, quod diceret in horum utroque eum, qui traditus esset, non esse observatum ut filium, atque ita conditionem stipulationis extitisse. Esse enim officium patris filium apud se domi habere, eumque alere. *L. si quis a liberis, supr. de ag. et al. lib.* in primis autem ei honorem habere testamento suo, eumque adeo testamento heredem instituere, nisi exheredetur. *L. inter, supr. de lib. et post. L.* 1. 2. *et* 3. *supr. de inoff. test.* Promissoris heredes, cum quibus agebatur, negabant ex stipulatione secum agi posse tribus de caussis, quæ totidem quæstiones hic pepererunt. Una caussa est, quod hæc libertas aliquem pellendi domo, aut cum a bonis arcendi, qui quidem vere et natura filius non esse, nulli adimi possit pactione. Altera, quod si pactione aliquando id posset effici; tamen in proposito is, qui datus erat, non esse filius agentis, sed extraneus; alumnus puta, vel cognatus, et stipulator pro eo affectu, quo eum complectebatur, ita eius nomine cavisset: non deberet autem, quid cum eo ageretur, esse

se solicitus, cum eius nihil interesset. Tertia, quod etsi esset agentis filius is, qui traditus est; tamen in hac caussa ita evenerat, ut legitime esset adoptatus, ac promissor prius quam eum pelleret domo, eum emancipasset: dumque ei nihil relinquit testamento, cavisset, ut eum exheredaret. Quorum utrumque cum sit patris, non possit videri eum, in quo ea exercuit, aliter observasse, quam ut filium iuxta conventionem. Hinc totidem, ut dixi, a consultore quæsita, quæ hic initio proponuntur. Primum an non videatur hæc stipulatio committi posse ob id, quod qui traditus erat, pulsus sit domo, aut testamento neglectus. Secundum, si potest ob hæc facta committi; an putemus tunc solum posse, cum is qui traditus est, fuit filius stipulantis; an vero nihil intersit, eius filius sit, an extraneus. Tertium, si erit filius, an nihil referat, utrum pulsus sit domo citra emancipationem, exclusus bonis citra exheredationem; an vero et illic emancipatio, et hic exheredatio intervenerit.

2 rit. † Paulus eodem ordine respondet de singulis. Nam quod ad primum attinet, cum quæritur, an stipulatio ob ea facta, quæ proponuntur, committi possit; non tam hoc quæritur, an aliquid factum sit contra verba stipulationis, quam an stipulatio valeat. Quoniam si valeat, non potest, quin ob ea facta committatur, quæ palam est esse aliquando contra officium patris. Ideo non inepte Paulus statim ab initio respondet stipulationem esse utilem: ut intelligatur esse eam, quæ possit ob facta supra scripta committi, de quo quærebatur. Sed quæritur amplius, an semper committatur, an aliquando tantum, et quando id accidat: in quo versantur reliquæ duæ quæstiones. Ait autem stipulationem utilem esse utroque casu: utrumque casum intelligens, sive filius alienus susceptus sit a promissore sine adoptione, sive ei legitime in adoptionem datus. Nam hunc casum posteriorem ipse in postrema quæstione proxime præcedente posuerat. Unde intelligi potuit eum in præcedentibus quæstionibus de eo filio, qui adoptatus non esset, sensisse. Ut sit sensus, quocunque modo quis alicui traditus sit, ut pro filio susciperetur, sive a suscipiente legitime sit adoptatus, sive non sit, utilem esse stipulationem pœnæ, quæ de eo ita habendo sive cum patre, sive cum extraneo interposita fuerit. Non temere est, quod aperte de vi stipula-

3 tionis prius respondit. † Potuit enim in proposito dubitari, an utiliter caveretur, ut is, qui suscipitur pro filio, instituatur heres a promissore, ut filius: quod superioribus verbis stipulationis efficitur. Est enim, ut dixi, hoc inter cætera officium patris, ut filium heredem instituat, nisi nominatim exheredet. Porro huiusmodi stipulatio inutilis est, me heredem facies? si me heredem non feceris, tantum dabis? *L. stipulatio hoc modo, supr. eod.* multoque magis, si de alio herede instituendo hoc idem caveatur. Et scio dici posse, eum, qui promittat se aliquem pro filio habiturum, vi ipsa etiam de eo instituendo promittere: verum hoc non exprimi verbis: expressa nocere, non expressa non nocere. *L. si quis Sempronium, supr. de her. inst. L. nonnunquam, supr. de cond. et dem.* Sed hæc defensio hoc loco est inutilis. Nam etsi caveretur aperte, ut promissor eum, quem pro filio suscipit, ita non posset inhonoratum præterire, ut nec exheredare liceret: tamen rata esset conventio, ut significatur paulo post in *vers. quare sic debuit.* Quid ergo est? nempe hoc de eo, qui pro filio non sit, cavetur inutiliter, ut heres instituatur a promissore: nequaquam autem inutiliter in eo, quem promissor pro filio suscipiat. Hoc enim suscipere aliquem pro filio, et promittere se hunc pro tali habiturum, neque incivile neque inhonestum est. Atque hoc posito sequitur illud alterum, ut qui pro tali susceptus est, is heres institui debeat, alioqui pœna committatur. Non inepte etiam dicetur potuisse dubitari in proposito, an stipulatio esset inutilis in eo, quod non stipulantis, sed alterius nomine caveretur, et præsertim si is, cuius gratia cavetur, sit plane extraneus; cum ita ius sit, alteri stipulari neminem posse; quia id fieri stipulantis nihil intersit. *L. stipulatio ista, §. alteri, sup. eod.* Sed ibidem adiectum est, pœnam eo nomine recte nos stipulari: quia in pœna non inspiciatur, quid intersit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis. † Hoc constituto stipulationi propositæ nihil obstare, 4
quominus valeat; sequitur, ut quærendum sit, an, et quando superioribus factis committatur. Quod Paulus deinceps facit, et ut in eo quod consequens esse significat, ita orditur: igitur si contra stipulationem factum sit, committeretur stipulatio. Quod non ita principio definit, quasi de eo quæreretur, quid sit stipulationem committi, aut quasi consultori id esset obscurum; ne quis hic forte ut alienum aut ineptum responsum reprehendat: sed ut hinc viam sibi muniat ad id explicandum, de quo quæritur. Huc enim pertinet, ut ostendat, cum quæritur in hac specie, utrum stipulatio committatur, quæstio-

stionem in eo esse, an quid factum sit contra conventionem: proinde id solum videndum esse, an iis factis, quæ proponuntur, aliquid contra eam factum sit. Ut si factum est, consequens sit commissam esse stipulationem: si non est factum, non esse commissam. Ad quod probandum valet hæc ratio, quia sic committatur stipulatio, si contra conventionem factum sit. Quæ definitio quo est certior, eo magis a Paulo usurpari debuit, ut ex ea id, quod definitioni propositæ convenit, certius efficeret. Ostensurus autem, quibus rebus ex iis, de quibus quæsitum est, contra conventionem fiat, ut sic intelligamus stipulatione committi, docet de eo statuendum esse pro conditione eius, qui pro filio susceptus est. Interesse enim, utrum legitime adoptatus sit a promissore, an susceptus tantum pro filio sine adoptione: ac prius tractat de adoptato. *Sed videamus*, inquit, *primum in eo*; qui *legitime adoptavit*, an *possit committi, si eum exheredaverit, vel emancipaverit.* Et significat stipulationem adversus eum, qui hæc fecerit, non committi, quamvis aut emancipatum expulerit domo aut exheredato nihil reliquerit, de quo præcipue quærebatur. Ad hoc enim confirmandum pertinet ratio, quæ sequitur: *hæc enim* inquit, *circa filium pater faceret.* Unde et illud fieri ait, ut non aliter eum, qui adoptatus est, quam ut filium observarit. Qua ex re etiam vult intelligi nihil in his factum esse contra conventionem: ac proinde stipulationem secundum supra scriptam definitionem non commtti. Nihil ne ergo relinquatur filio hoc casu, dicat aliquis? Imo inquit, hoc quod ius ei dat, ut exheredatus agat de inofficioso. Quod quidem olim faceret filius, quisquis esset adoptivus pater: hodie ita demum, si quis non extraneæ personæ, sed parenti naturali, puta avo vel proavo materno in adoptionem datus sit. *L. cum in adoptivis*, §. *si vero*, *et* §. *sed ne*, C. *de adop.* Ergo, inquit, exheredatus de inofficioso agat: nempe si velit post superiorem stipulationem quid consequi: nam hoc solum ei relinquitur, postquam stipulatio non est commissa. Quid ergo dicemus, inquit, si et meruit exheredari? Consequens esse significat eum hoc casu ne de inofficioso quidem agere posse. Ut autem paulo ante, cum dixit; *sed videamus, an in eo qui legitime adoptavit, possit* stipulatio *committi*, prætermisit responsionem, quia hæc ex ratione subiecta satis intelligebatur: sic et omisit hoc loco; quia interrogatio posita de inofficiosi querela, omnino hanc responsionem exigebat, ut diceremus non posse eum agere de inofficioso, qui esset iustis de caussis exheredatus: cum huius verbi de inofficio vis hæc sit, dicere se immerentem et sine caussa præteritum esse, aut exheredatum. *L. nam et his supr. de inoff. Instit. eod. in pr.* Id autem sentire Paulum oratio sequens apertius declarat. Subiicit enim: *emancipatus plane et hoc remedio carebit.* Quibus verbis hoc dicere intelligitur: filium adoptivum, qui in potestate patris adoptivi manserit, si ab eo sit exheredatus, posse remedio querelæ carere; sed non aliter, quam si et meruerit exheredari. At si is a patre emancipatus sit, deinde vel præteritus eius testamento, vel exheredatus, non eandem in eo distinctionem esse servandam; sed hunc et actione ex stipulatu, et hoc remedio querelæ plane cariturum. *Plane*, id est omni modo, et indistincte, sive meruerit præteriri, exheredarive, sive non meruerit. Et recte: querela enim inofficiosi liberis, parentibus, et fratribus constituta est, non extraneis. *L.* 1. 2. 3. *sup. eod. Inst. eod.* Filius autem adoptivus a patre adoptivo emancipatus non solum desinit esse in numero liberorum, sed etiam extraneus esse incipit, usque adeo: ut emancipatione secuta nullum ex pristino iure maneat vestigium. §. *minus*, *Inst. de her. quæ ab intest. def. L. in omni*, *sup. de adop.* Cum autem dicit Paulus stipulationem hic non committi, cum pater adoptivus filium emancipavit, aut exheredavit: ostendit, si is hoc non fecerit, sed aut filium expulerit domo sine emancipatione, aut ei nihil reliquerit sine exheredatione, committi stipulationem: contraria nimirum de caussa, quia pater hæc non faceret. Ait, *quare sic debuit interponi stipulatio.* Hæc per occasionem prioris responsi iniecta sunt, magis docendi caussa, ut sit in hoc responso, quo etiam in futurum caveatur aliis ad stipulationem in eiusmodi aliqua specie recte concipiendam, quam quod ad propositam quæstionem aut omnino ad præsentem caussam quidquam pertineret. Iam enim stipulatio pœnæ, de qua quæritur, interposita erat, si promissor eum filium, quem susceperat, aliter quam ut filium observasset: et promissor hunc expulerat domo, aut ei moriens nihil reliquerat, ut iam sola esset quæstio, an stipulatio esset commissa, necne: sera autem esset deliberatio, quomodo ea stipulatio mutari posset cum promissore, ubi aut is mortuus esset, aut si adhuc viveret, tamen eum, qui traditus erat, nollet pro filio iam habere. Quod cum verba quæstionis propositæ decla-

clarant, atque hoc quod dicit hic Paulus, sic debuisse stipulationem interponi, quod de præterita tantum stipulatione recte dicitur: tum illa verba in primis, quæ sunt in extremo huius responsi, *dici tamen poterit commissam esse stipulationem.* Sed quia hoc responsum Paulus mandabat literis, visum est id ita scribere, non solum ut ostenderet, quid in eo, de quo consultus erat, sibi placeret: sed etiam per occasionem ut caveret etiam aliis, quid in hac re fieri oporteret. Ait ergo; *quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset, vel exheredasset pater adoptivus, certum quid promitteret.* Ut sit sensus: postquam stipulatio eo modo quo proponitur, concepta non committitur, quamvis filio adoptivo eiecto, aut bonis excluso, si eum pater, idemque promissor emancipaverit, aut exheredaverit; si quis in hac re consilium vult, rebus quidem transactis, sed tamen quo in similibus caussis sibi in posterum consulat, et in hos quoque casus consequatur pœnam: consequens est non sic debuisse in hac caussa stipulationem interponi, ut supra scriptum est; sed hoc modo, ut qui filium tradebat, et pœnam stipulabatur, nominatim et aperte de his quoque casibus comprehenderet, id est, ita stipularetur, si etiam promissor eum, quem suscipiebat, emancipasset, vel exheredasset. Quod si factum erit, nihil dubii esse vult, quin si pater adoptivus filium sibi traditum emancipaverit aut exheredaverit, stipulatio adversus eum committatur. Id quod apertius confirmat, cum subiicit; *quo tamen casu commissa stipulatione*: ubi diserte et sine ulla hæsitatione commissam esse dicit. Nam quod cavetur, ut promissor eum, quem suscipit, heredem faciat, non inutiliter in filio cavetur, ut supra dixi. Quod autem dicimus filio emancipato stipulationem committi, absurdum videri non debet, etsi verum est eum non emancipari nisi volentem: *novel. quib. mod. nat. eff. sui*, §. *generaliter.* Nemo autem fraudatur, qui sciat et consentiat. L. *nemo videtur, infr. de reg. iur.* Nam primum hic non est stipulatus filius, sed is qui filium dabat: quo etiam invito filius emancipatus est: ut si iniuriæ stipulatori illatæ hic rationem haberi velimus ad stipulationem committendam, vel hac sola ratione recte dicturi simus stipulationem illi committi. Deinde etsi filius ipse esset stipulatus, aut fieret non invito stipulatore, ut filius emanciparetur: non eo tamen minus committeretur pœnalis stipulatio, cuius hæc esset conditio, si promissor eum, quem adoptabat, emanciparet. Committitur enim huiusmodi stipulatio, atque adeo omnis conditionalis, non si iniuria facta sit stipulatori, aut quid factum invito eo; sed si conditio stipulationis exstiterit. §. *sub conditione*, *Instit. eod. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, illic, *pœnam enim*, supra, *eodem.* Verum est autem promissorem filium emancipasse, sive invitum, sive volentem emancipaverit. Quinimo cum filius emancipari non possit nisi volens, non potest hæc conditio, *si promissor eum emancipaverit*, de alio intelligi, quam de eo, qui volens sit emancipatus. Sic in casu evictionis accidit, ut si venditor rem a se venditam vindicet ab emptore, et emptor, qui exceptione se tueri adversus eum poterat, iudicium ultro suscipiat, ac deinde victus sit, nihilominus stipulatio duplæ adversus venditorem committatur, quamvis non nisi volens condemnatus fuerit. *L. vindicantem*, *supr. de evict.* tantum ob id, quod stipulationis conditio hæc fuit, si res emptori esset evicta; verum est autem fuisse evictam etiam eam, quæ illi iudicio ultro suscepto evicta est. Recte igitur Paulus his de caussis non movetur quominus in proposito stipulatione pœnæ nominatim ita concepta, si promissor filium emancipasset vel exheredasset, conditione exsistente committatur stipulatio. Et omnimo circa emancipationem nihil dubitat. Sed incidit circa exheredationem dubitatio: quam rursum per occasionem eius, quod faciendum esse dixerat proponit, et expedit, ne forte in eo consilio, quod dederat, aliquid dubii relinquatur: nam alioqui ad id, quod de stipulatione proposita quæsitum est, non pertinet, postquam eam filio suscepto exheredato non committi diximus. Duo autem
hic quæri posse ait. † Unum est, cum sti- 5
pulatio in hunc casum concepta est, si pater adoptivus filium exheredasset, an conditione deinde impleta, atque ita commissa hoc casu stipulatione permittendum sit filio dicere de inofficioso, et maxime si patri naturali heres exstitisset. Non enim videatur fortasse utrumque locum habere posse ex eodem facto promissoris, et querela ad hereditatem eius obtinendam, et pœnæ persecutio adversus eius heredes: ut evenit, cum quid fieri promissum est, et nisi factum esset pœna. *L. ita stipulatus in fin.* ubi de hac re diximus. *Supr.* L. *rescriptum*. §. *si pacto*, *supra*, *de pact.* Addidit autem, *maxime si patri naturali heres exstitisset*; quia cum ei heres non exstitit, duæ sunt personæ diversæ, quarum una de inofficioso agit, is est filius; altera pœnam petit: hi sunt heredes stipu-

la-

latoris, ambæ ex diversis caussis. Ut minus dubii sit hoc casu, quin res cum uno acta alteri nocere non debeat. *Titu. Cod. res inter alios act. vel iudicat aliis non nocet.* At cum filius exstitit patri naturali eidemque stipulatori heres, evenit, ut in eandem personam filii concurrant querela, et pœnæ persecutio. Ideo hic potissimum dubitatur, an ei permittendum sit utraque via simul experiri, quasi pugnet cum dicta *L. rescriptum*, §. *si pacto*, *supra*, *de pact.* et similibus locis. Ac de eo quæstionem solum posuit, aperte autem nihil respondet. Credo, quia rem ut minime dubiam prætermisit, contentus solum quæstionem de hac re ponere, ut ad sequentem sibi aditum muniret: prius enim necesse est de inofficioso testamento agi posse; quam illud quæri, an in eo vinci possit filius, et eo victo denegari ei debeat actio; ideo priorem quæstionem prætermisit ut ad sequentem perveniret. Alioqui cui dubium est querelam de inofficioso propositam esse liberis exheredatis; hunc autem, de quo quæritur, cum fuerit adoptatus, fuisse ex defuncti liberis? Nam quod placuit rei principaliter promissæ, et pœnæ simul promissæ, si illud datum non esset, petitionem non dari in eiusdem persona, qui de utroque sibi cavit; placuit, non in his, qui utriusque rei petitiones ex diversis et propriis caussis constitutas habent. Ut accidit in proposito, ubi filius exheredatus beneficio proprio iuris sine alia cautione querelam inofficiosi habet, pater autem stipulator actionem pœnæ ex sua stipulatione. Et si hanc filius habere incipit, cum patri heres exstitit, habet tamen ex persona patris ut heres, non ut filius. Interim Paulum hoc sentire etiam hoc casu filium exheredatum posse dicere de inofficioso, satis indicant verba sequentis quæstionis, cum ita quærit, an victo filio in caussa inofficiosi, ei deneganda sit pœnæ actio. Quomodo enim potuit vinci sine iudicio? et quomodo esse iudicium potuit, nisi hoc iudicio ille potuit
6 experiri? † Transit igitur statim ad illud alterum, quod hic quæri posse dixi, *et an victo*, inquit, *deneganda est ex stipulatu actio*? Hoc ita quærit, quasi ei qui eo iudicio victus non sit, non sit deneganda. At quomodo hæc detur filio, sive victus sit de inofficioso, sive non sit: cum stipulatio sit non filii, sed eius, qui eum tradebat, patris, et quidem pœnam stipulantis sibi, non filio? Nempe hoc quærit, an victo deneganda sit actio, quo casu ei non victo competeret: quod continget, si hic filius naturali patri, eidemque stipulatori heres exstiterit. Nec abs re de eo quæritur. Cum enim victo filio vi ipsa pronunciatum sit ipsum iustis de caussis esse exheredatum ut sic efficiatur non esse testamentum inofficiosum, de quo actum est, dubitatur an possit ipse pœnam petere ob id; quod ita sit exheredatus: quod statui turpe est et iniquum. Hic respondet Paulus dubitari quidem de eo posse: sed si ei, qui stipulatus est, id est, naturali patri, non debuit denegari pœnæ actio victo filio, id est, etiam tunc, cum filius de inofficioso victus est (nam et non victo eo multo magis ea actio stipulanti competeret) nec ipsi filio quamvis victo deneganda erit debitæ pecuniæ exsecutio. Recte colligit Paulus; quoniam huius debiti actio, et per actionem exsecutio non potest dari filio, nisi ex persona patris, cui filius successerit, cum ipse sibi stipulatus non sit, sed pater, idque adeo sibi, non filio. Quamvis si stipulatus esset filio, qui heres non esset, inutiliter esset stipulatus *L. continuus*, §. *ult. inf. eod.* quæ autem actio defuncto competit, eadem et heredibus danda est, et quidem ita, ut ex persona defuncti æstimetur, non heredis; cum is in ius et locum defuncti succedens eodem quoque iure uti debeat. *L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* L. *qui in ius*, *infra de reg. iur.* Non distinguit autem Paulus: utrum filius iuste victus sit tanquam merito exheredatus, an victus iniuria, ut inique exheredatus. Unde non immerito quæsitum est, an etiam si iustis de caussis exheredatus sit, non minus tamen ei danda sit actio. Et puto non esse dandam, quia nec patri ipsi hoc casu daretur: quod Accursio et Bartolo hoc loco recte videtur. Omninoque ita statuendum est, ut iusti facti pœna nulla esse potest, quæ tantum delicti coercitio est: L. *aliud est fraus inf. de verb. sig.* sic nullam esse posse pœnæ petitionem ob iustam exheredationem patris, sed præcipue ex stipulatione. Sive enim generali hac oratione, *si promissor filium adoptivum exheredaverit*, non senserunt contrahentes de iusta exheredatione patris; propter hanc nihil potest deberi, cum desit consensus, sine quo ne stipulatio quidem valet *L. continuus*, §. 1. *infr. L. inter*, §. 1. *supr. eod.* Sive de hac etiam senserunt, turpis stipulatio est, per quam impunitate delinquendi proposita filius ad delinquendum invitatur. Cuiusmodi stipulationes omnes ut turpes et bonis moribus contrariæ improbantur. *L. convenire*, *sup. de pac. dot. L. si unus*, §. *pacta supr. de pact.* Nihil hic neque dicitur, neque signifi-

ficatur a Paulo adversus eam sententiam. Videndum est enim, quid et quibus verbis scribat. Quærit, an victo filio in caussa inofficiosi nihilominus danda sit ex stipulatu actio: et ait dandam; quod sic accipiendum est, *victo* dandam, ut de victo quæstionem posuerat. Recte *victo*, ut intelligamus ob id solum, quod victus sit, non esse denegandam, sive iuste victus sit, sive iniuria. Quod et verum est: nam si nihil aliud obiicietur vel patri vel filio pœnam persequenti, quam quod filius victus sit de inofficioso, neutri hæc exceptio oberit, quominus recte pœnam petat: etsi in eo vi ipsa hoc pronunciatum est testamentum inofficiosum non videri, itaque filium non inique esse exheredatum. Eceptio enim hæc est rei adversus filium iudicatæ, quam quidem patri nocere non posse certum est, cum res inter alios iudicata sit. *L. sæpe supr., de re iud. tit. C. res int. al. ac. vel iud.* An noceat filio, dubitari potest, cum idem agat ex stipulatu propter exheredationem iniustam, quem ante iuste exheredatum esse pronunciatum est, et exceptio rei prius iudicatæ ab iis ipsis nunc obiiciatur, cum quibus prius actum est de eadem exheredatione. Sed ne huic quidem nocere potest pœnam actione hereditaria persequenti. Hic enim omnia concurrunt, propter quæ alia res sit: quorum unum aliquod cum intervenit, exceptio rei iudicatæ non nocet: Persona; id de quo agitur; et proxima caussa actioni. *L. cum de hoc, L. cum quæritur., et 2. seqq. supr. de exc. rei iud.* Persona hic alia est. Prius enim agebat ut filius ex persona sua: nunc agit ut heres ex persona patris: in quo et patris cui successit, personam sustinet. Quod unum satis est, ut ei, qui prius victus erat, nunc alio nomine agenti sententia non noceat, quasi re inter alios prius iudicata. *L. Modestinus, sup. de except.* Id de quo nunc agitur, perspicue aliud est. Prius enim petebat filius hereditatem, perlata de inofficioso quæstione: nunc pœnam petit stipulatione comprehensam. Et quibus de caussis atque actionibus utrumque? Longe diversis. Hereditatem enim petebat ut heres, et quidem suo iure, ut cui iure defertur hereditas rescisso prius testamento tanquam inofficioso: eoque et actione in rem utebatur. Nunc pœnam petit ex stipulatione, eaque hereditaria, non sua propria: in quo et actione in personam utitur, nimirum certi condictione. Bene igitur Paulus ait huic filio in caussa inofficiosi victo pœnæ actionem ex caussa hereditaria non esse denegandam: dum hoc sentit, ob id quod ita victus sit, non esse denegandam, si quidem nihil aliud obiiciatur ei a promissoris heredibus, quam ipsum iam ante victum esse tanquam iuste exheredatum: et in summa dum hoc sentit rem prius in caussa inofficiosi adversus eum iudicatam, ei postea pœnam propter eandem exheredationem petenti non nocere. Sed si obiicietur ei aperte iuste eum fuisse exheredatum non ea ratione, quia prius ita iudicatum sit, sed quia res ita se habeat, deque ea re iterum in iudicio pœnæ quæri velint heredes promissoris, idque probare parati sint, audiendi sunt: sic enim dicunt turpem esse hoc casu stipulationem; ex quo efficitur eam nullius esse momenti, itaque ex ea nihil deberi. Neque vero cum hoc casu denegabitur ei actio, dicetur filio in caussa inofficiosi propter exheredationem victo denegari, sed denegari iuste exheredato. Inter quæ multum interest. Cum enim alicui ut victo denegatur actio, adversus hunc satis est de sententia docere, qua victus est, sive iuste victus sit, sive iniuria. Cum autem denegatur iuste exheredato, nihil adversus hunc proficitur, nisi iuste exheredatum esse doceatur. Ad quod probandum nihil prodest, quod prius victus est de inofficioso, atque adeo, quod eum iuste exheredatum esse prius pronunciatum est: potuit enim multis aliis de causis vinci, quam quod merito esset exheredatus, puta, vel imperitia, vel iniuria et sordibus Iudicis. Sed et illud in verbis Pauli observandum est, quod non simpliciter et absolute dicit victo filio in proposito dandam esse pœnæ exsecutionem; sed sub conditione, si ei qui stipulatus est, non debuit denegari. Admitto sine exceptione, quo casu patri naturali, qui pœnam stipulatus est, actio deneganda non est, eodem casu nec unquam denegandam esse filio. Sed eadem conditione efficitur, ut si patri ipsi deneganda sit denegari debeat et filio: quod et verissimum est. Denegaretur autem et patri, si stipulatus esset pœnam hac conditione, si filium quamvis merentem exheredasset: esset enim, ut dixi, turpis stipulatio. Et vero hoc casu non committeretur stipulatio etiam patri, ut quam nullius esse momenti constaret. *L. generaliter, supra, eodem.* Neque id negat Paulus, cum prius ita scribit: *quo tamen casu commissa stipulatione.* Nam et hæc oratio non affirmativa est, sed conditionalis: valet enim, *quo tamen casu* cum commissa erit stipulatio. Ut proinde ex his verbis hoc adhuc relinquatur quærendum, an semper et indistincte propter omnem exheredationem patris stipulatio committatur. Summa hæc est:

est: filio in specie proposita iuste exheredato, neque de inofficioso testamento licet quæri, neque stipulatio pœnæ committitur. Immerito exheredatus et de inofficioso agere potest, et cum egerit, pœnam petere nihilominus: quæ ex stipulatione patris naturalis, cui successit, commissa fuerat. Et hanc quidem omnimodo, id est, non tantum si in lite de inofficioso vicerit, sed etiam si victus fuerit tanquam non inique exheredatus: nempe dum hoc solum ei obiicietur, fuisse adversus eum de ea re iam ante iudicatum, ipse autem nihilominus se iuste exheredatum negabit.

7 † *In eo autem, qui non adoptavit*). Iuxta distinctionem personarum, quam sibi præscripserat supra, *in vers. sed videamus*. Deinceps respondet de eo, qui filium alienum ita suscepit, ut non adoptaret. Respondet autem in hanc sententiam: disserit enim initio ita, quasi stipulatio superior in extraneo promissore videri debeat his verbis, quæ proponuntur, inutiliter esse concepta, ut quidem eo, qui susceptus erat, eiecto, aut non instituto committatur, de quo quærebatur. Tandem nihilominus statuit his factis in hoc ipso promissore esse commissam. Atque ita scribit: *in eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio, si eum aliter, quam ut filium observasset, non perspicio.* Significat hanc conceptionem in eo, qui non adoptavit, nullum sibi videri idoneum intellectum habere: ideo enim non perspicit, quem intellectum habeat, quia ea idoneum nullum habet, aut certe is quærenti non occurrit. Quod ex hypothesi dictum esse accipiendum est: nempe enim nullum habet ad hoc efficiendum, ne is qui traditus erat, impune eiiciatur domo, neve impune ei nihil relinquatur a promissore; seu ad hoc, ut ob ea facta stipulatio committatur: de quo quæsiturus erat. Alioqui scimus omnes, quid sit aliquem habere et observare ut filium: cum certa sint officia patris erga liberos: sive de his alendis agitur, sive de his instituendis aut exheredandis. *L. si quis a liberis*, supra, *de agnosc. lib.* Instit. *de exher. lib.* Sed, ut dixi, nullum habet intellectum hæc conceptio, at committatur in eo, de quo quæritur. Idque efficitur hoc modo. Nam si stipulator id agebat, ut promissor filium alienum, quem suscipit, apud se haberet vivus, non eiiceret domo, ac moriens ut eum institueret; potuit quidem iure stipulari utrumque a promissore: sed ut debeatur, non efficitur superiore conceptione, quoniam id verba non significant. Is enim observat aliquem ut filium, qui erga illum ea facit, quæ sunt propria patris erga filium, seu quæ solent soli patres exercere erga liberos. Porro habere aliquem apud se domi, aut eum testamento heredem instituere, non sunt eiusmodi, quæ dici possint propria patris adversus filium: cum extraneus possit habere domi extraneum, eumque alere non minus, quam filium; et possint testatores, atque etiam soleant testamento instituere heredes extraneos. Quapropter non continentur hæc superiore stipulatione. Quod cum pro certo haberet Paulus, hoc loco prætermisit, atque id solum attigit, quod videbatur superioribus verbis contineri: unde et illud pro ratione solum posuit, quod sequitur. Quod perinde est, ac si diceret: si quid ad aliquem domo temere non eiiciendum, aut non temere removendum a bonis promissoris contineri potest superiore conceptione, hoc tantum est: ut promissor vivus, eum, quem suscipit, si eiicere vult, emancipet; si vult ei nihil relinquere, testamento exheredet: quandoquidem duo hæc emancipare et exheredare, propria sunt patris, et ea quæ dum pater facit, patrio iure facere intelligitur. At hæc frustra promittit, qui eum quem suscipiebat, non adoptavit. Quid enim inquit? *an et hic*, id est, in hoc promissore *exigimus exheredationen vel emancipationem, res in extraneo ineptas?* quasi diceret: nequaquam vero hæc in eo exigamus, ut præstet, utpote res in extraneo ineptas, id est, quæ extraneo non sint aptæ, seu quæ in extraneum non cadant: eoque ab illo præstari non possint: neque porro aliæ res sunt, quæ satis commode verbis huius stipulationis possint intelligi. Extraneum vocat eum, qui pater non est neque natura, neque adoptione. In hunc non cadit emancipatio aut exheredatio: quia non emancipat, nisi qui prius in manu et potestate sua habuit, quod non est extranei: nec exheredat quisquam, nisi qui eum, qui alioqui iure heres et dominus bonorum erat, a bonis removet: quod nemo extraneus statuere potest in eum, quem prius dominum et heredem bonorum suorum non habuit. Solum hoc filiorum est, ut sint heredes et domini bonorum paternorum. Proinde et solius patris ab his ipsis eos removere exheredando. *L. in suis, supra, de lib. et post.* Si hæc ab extraneo præstari non possunt, frustra ab eo promittuntur. L. *si stipulor, supra, eodem.* Utque promittuntur frustra, ita et pœna, quæ his non præstitis promittitur, ut fit superiore stipulatione: quoniam rei im-

impossibilis pœna est, quæ nec ipsa committitur. *L. si homo supra, eod.* Atque hæc etiam frustra promitti respondet apertius per adversativam, quæ sequitur, addita etiam nova ratione rei confirmandæ
8 caussa. † Sic autem locus legendus est: *sed si is qui legitime adoptavit nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio iure in eo* (sic enim verba interpungenda sunt, ut sit in eo, pro in ea re, de qua agitur) *qui hæc non facit, dicit supervacuo. Fecit* legitur in Pandectis Florentinis. Sed verbo *dicit*, convenit et respondet verbum *facit*, ut sit utrumque præsentis temporis. Est autem hic sensus. Prius ita scripserat per interrogationem, an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? quibus verbis posterioribus tacite innuit non exigi. Nunc idem confirmans apertius, subiicit: sed dubitandum non est, quin hæc ab extraneo exigi non possint: nam qui hæ non facit, id est, qui natura facere et præstare non potest, etiam *dicit supervacuo*, id est, frustra. Recte dicendi verbo usus est, non promittendi: dicuntur enim hæc frustra ab extraneo, sive promittantur ipsa, sive non promittantur: dum si quid promittitur aliud, promittatur hac lege dicta et conditione, si priora illa præstita non fuerint. Supervacuo autem hæc dici ab eo, qui hæc non facit, probat hoc argumento. Nam eum, qui legittime adoptavit, cum pœnam promittit, si filium non exheredaverit, aut emancipaverit; constat nihil facere contra verba stipulationis, cum in eo utitur patrio iure, id est, cum illa facit, de quibus cautum est, quæ fiunt iure patris: idque ita esse paulo ante respondit. Est autem hæc sententia: quod enim dicit adoptivum patrem eundemque promissorem, dum hæc facit, nihil facere contra verba stipulationis: ex eo vult intelligi recte hæc atque utiliter dici caverique ab eo, qui filium adoptavit. Dum enim his faciendis nihil facit contra stipulationem, eo modo pœnam evitat. Neque porro hanc aliter evitare potuit, quam si hæc ipsa vere præstiterit, et eo modo quo voluit stipulator præstari: aut alioqui deberi pœnam: et quia vere hæc potest promissor præstare, fit etiam, ut de his caveat, et dicat utiliter. At quamobrem utrumque? non alia de caussa: quam quod pater est, et in his utitur iure patris, id est, eo iure, quod solius patris proprium est. Id si ita est, recte colligitur eum, qui hæc non faciat, cum non sit pater, eoque nec in his utatur patrio iure; eadem illa dicere et pro-
9 mittere inutiliter. † Hactenus disseruit stipulationem propositam uti concepta est, in eo qui non adoptavit, inutilem videri. Tandem id mutat, et subiicit: *dici tamen poterit commissam esse stipulationem*: quod habet hanc sententiam. Sed etsi subtiliter hoc ita disseri potest, ut modo dixi: dici tamen potest etiam in extraneo utilem esse stipulationem superiorem, et ob eiectum eum, qui traditus fuerat, aut non institutum, de quo quæsitum est, esse commissam. Non addidit, quamobrem contempta superiore ratione putaret stipulationem esse commissam: sed tamen quam recte putet, non est admodum obscurum. Etsi enim verum est superioribus verbis hoc contineri, ut promissor eum quem suscepit, emancipet aut exheredet, ut pater faceret: tamen non continetur id simpliciter, sed cum adiuncto, ut emancipet, si velit expellere domo: ut exheredet, si velit ei testamento nihil relinquere. Ita reus prius hoc dicere intelligitur, se eum, quem suscipit, non expulsurum, quin emancipet, nec exclusurum bonis, quin exheredet. Perspicuum autem est, etiam extraneum facere contra hanc conventionem, et quidem statim, simul atque eum, qui traditus est, pellit domo, aut ei nihil relinquit: effectum est enim eum nec emancipare posse extraneum, nec eum, qui iure heres non sit, exheredare. Quo fit, ut indistincte recte respondeatur his factis promissoris quamvis extranei commissam esse stipulationem. Nec multum ei proderit, si ad speciem et imaginem cuiusdam emancipationis Magistratum adeat, et apud eum dicat se eum quem pro filio susceperat e manu sua et potestate emittere. Non enim ideo hæc emancipatio est, quæ alium potestate promissoris et manu non liberat. Ne illud quidem ad rem pertinet, si dicat se eum quem suscepit, exheredare: non enim verbis exheredatio perficitur, sed re itidem, ut emancipatio. Is exheredare intelligitur, non qui dicit se exheredare; sed qui id facit, quod est exheredationis, id est, qui eum, qui alioqui heres erat, vere exheredem facit. Quod solum in patre adversus filium contingit. Nisi quis, ne in extraneo quoque committatur hæc stipulatio, cum Accursio et Bartolo satis esse putet hæc verbotenus interposita esse, non re ipsa. Sed cum verba cum effectu accipienda sint: *L. 1. supr. quod quisque iur.* recte hic dicetur, quod in re simili scripsit Papinianus, incredibile esse de actu vel potius de imagine manumissionis, aut exheredationis, ac non de effectu cogitatum. *L. si venditor, supr. de ser. exp.* Quin potius il-

illam sententiam contrahentium esse apparet in hac stipulatione, ut is qui tradebatur, haberetur, tractareturque ut filius, aut pœna committeretur. Non habetur ut filius, qui vere non emancipatur, aut vere non exheredatur.
10 † Summa responsi hæc est: cum quis promisit pœnam si eum, quem pro filio suscipiebat, non observasset ut filium; stipulationem quidem semper valere, sive suscipiat extraneus: sive is qui adoptet legitime: sed aliter atque aliter committi, prout est is, qui suscipit. Nam si id faciat, qui legitime adoptavit, hunc in ea caussa esse, ut impune filium susceptum etiam eiiciat domo, dum emancipet; impune nihil ei relinquat moriens, dum exheredet: si quidem pater filium emancipans, aut exheredans id facit quod est patris, ut in his non aliter susceptum habeat et observet, quam solet filium pater, qui suo iure utitur. Quod si is id caverit, qui non adoptavit, contra esse: non posse hunc ullo modo eum, quem suscepit, pellere domo, aut ei nihil relinquere, quin stipulatio committatur: nam nec pater ipse hæc eadem facere potest, quin contra officium patris erga liberos, eoque et contra stipulationem faciat; si modo ea faciat non interposita emancipatione aut exheredatione: at has certum est ab extraneo interponi non posse.

Ad §. Filiusfamilias ita stipulatus est.

Filiusfamilias ita stipulatus est: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse iubes?* et emancipatus credidit: patri non debebit fideiussor, quia nec reus ei tenetur.

SUMMARIA.

1. *Ex filiifamilias conditionali stipulatione obligatio acquiritur patri, etiamsi emancipato iam filio exsistat conditio: cuius iuris duplex proponitur exceptio.* et n. 6.
2. *Species huius* §.
3. *Fideiussor in proposito cur obligetur patri.*
4. *Filiofamilias qui, cum in potestate esset, fideiussorem accepit eius pecuniæ, quam post emancipatus credidit, an fideiussor obligetur.*
5. *Fideiussor in proposito cum mandatore comparatus.*

1 QUod filiusfamilias stipulatur contrahitve sub conditione, si exstiterit conditio postea, eius obligatio patri acquiritur, etsi maxime emancipato iam filio conditio exstiterit. *L. si filius famil.* 78. *supr.* de quo iure ibi diximus. Hoc ita est, nisi existente post emancipationem conditione refragetur obligationis natura, quominus acquiratur patri; aut res cum filio contracta sit donationis caussa sub conditione, si a patre emancipatus esset, dum id agitur a donatore, ut res ad filium, non ad patrem perveniret. Prioris exceptionis exemplum hic
2 est huiusmodi: † filiusfamilias pecuniam Titio crediturus, ab eo quem futuræ numerationis fideiussorem iam nunc accipiebat, ita stipulatus est; *quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse iubes?* Stipulatio contracta est sub conditione, si is qui stipulabatur, pecuniam credidisset: Quæ enim demonstratio in futurum confertur, ea conditionem habet, non solam demonstrationem, ut in hoc legato, Stichum, qui meus erit, cum moriar. *L.* 6. *supr. de Leg.* 1. Emancipatus credidit: placet fideiusso-
3 rem non obligari patri. † Cur? quia nec potest repugnante fideiussoriæ obligationis natura: quod significat Paulus, cum ait, *quia nec reus ei tenetur.* Hoc enim sentit, fideiussorem qui accessio est principalis obligationis, §. *fideiussores*, *Inst. de fideius.* non posse alii obligari, quam ei, cui reus ipse principalis tenetur: in proposito autem non patrem pecuniam credidisse, sed filium, eumque emancipatum: ut proinde ei soli reus eo nomine obligatus sit, non patri. Ita fieri, ut refragante accessionis natura non possit fideiussor in hac specie obligari patri. † Sed an obligabitur filio, qui eman- 4
cipatus credidit? nam de eo nihil hic responsum est. Et summo iure non videtur filio actio acquiri posse ex ea stipulatione, quam cum in potestate esset, contraxit, quasi emancipatus alius homo sit, quam is, qui stipulatus est. *Sed humanitatis intuitu*, inquit Papinianus, *fideiussor ei obligabitur* *L.* si debitori §. *ult. infr. de fid.* utpote ei, qui solus mutuum contraxerit, et quidem tunc primum, cum esset sui iuris, et præterea qui stipulatus sit a fideiussore eius nomine, cui hæc ipsa pecunia deberetur. Itaque hoc nomine in factum actio filio dabitur. Sic enim vocatur in *L. si vero non* §. *si filiofamil. mandavero*, *supr. man.* quæ dicitur utilis in *L. quidam cum filium*, *supr. de her. instit.* † Quæ ratio est fide- 5
iussoris a filiofamilias pecuniam credituro accepti, eadem est mandatoris, qui manda-

davit filiofamilias, ut is pecuniam crederet alteri, aut alteri solveret. Ut enim fideiussoriæ obligationis natura non patitur, ut alii obligetur fideiussor., quam ei, cui reus ipse, cuius nomine intercessit, tenetur: sic nec contrariæ mandati obligationis natura, ut alii obligetur mandator ex caussa mandati, quam ei, cum quo interpositum est mandatum, et qui simul ex ea caussa mandatum implevit. *L. si vero*, *§. contrario*, *L. si quis alicui*, *§. impendia*, *L. si mandatu.* 45. 1. *resp. in fi. supra mand.* Hinc de hac specie idem responsum, quod de superiore: Mandavit aliquis filiofamilias ut pecuniam crederet Titio, vel ut mandantis nomine Titio solveret: quo facto mandati obligatio contraria contrahitur inter mandantem et filiumfamilias sub conditione, si filius qui mandatum suscipit, pecuniam crediderit aut solverit iuxta mandatum. Emancipatus credidit, aut solvit. Placuit non magis in hac specie filiifamilias mandatorem patri teneri, quam in superiore filii fideiussorem. *L. si vero*, *§. si filiofamil. mandavero. supra mand.* scilicet quia et hic repugnet conditio mandati obligationis. Nam cum patre aut non intercessit mandatum, aut si per filium intercessisse videri potest, certe nihil fecit ipse mandati exsequendi caussa, nec alius quisquam eius nomine. Filius enim emancipatus, qui patri quærere nihil potuit, credidit, aut solvit pecuniam suo nomine, et mandati caussa a se suscepti. Neque vero alii, ut dixi, ex caussa mandati mandator obligari potest. Sed an filio actio adversus mandatorem dabitur? et hic omnia de eo, quæ in superiore specie exposuimus, dicenda sunt. *d. L. si vero*, *§. si filiofamil.* † Sed etsi obligatio a filiofamilias contracta eiusmodi est, 6
qua non minus commode reus patri teneri possit, quam filio secundum naturam obligationis: si tamen ita erit contracta, ut conferretur in tempus emancipationis filii, dum id agitur inter contrahentes, ut actio emancipato acquiratur: etiam hoc casu emancipato deberi incipiet, non patri, si modo sine dolo malo filii id ita cautum fuerit. *L. ult. infr. de stip. ser.* Ac sine dolo malo eius id ita gestum intelligetur, si res illi fuit cum eo, qui ei donatum voluit ita, ut res ad ipsum perveniret, non ad patrem. Quod cuiusmodi sit, illustri exemplo declaratur in dict. *L. quidam cum filium*, *supr. de her. inst.*

Ad L. Si sic stipulatus. 133.

Scaevola lib. 13. *Quaestionum.*

Sic stipulatus sim, *Neque per te*, *neque per heredem tuum vim fieri spondes*, et egi quod mihi vim feceris: recte remanere factum heredis in stipulatione. Nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio. Non enim ad unam vim tantum pertinet. Nam sicut et ipsius heredis caput: ita ipsius vis vel sæpius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem: *Neque per te*, *neque per heredem tuum fieri?* ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit. Ergo si actum sit quasi ex ipsius vi tota consumpta sit. Quod non est verum.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc*, *Neque per te*, *neque per heredem tuum vim fieri spondes? tam in servitutibus*, *quam in corporalium rerum controversiis utilis.*
2. *Per te non fieri quid.*
3. *Stipulatio superior semel commissa*, *ita ut cum promissore stipulator ex ea egerit*, *an ex facto heredis iterum committatur*, *ut adversus hunc quoque amplius agi possit.*
4. *Argumenta duo Scævolæ in hoc responso.* et n. 9.
5. Caput *hoc loco quid.*
6. *Verbo*, Vis, *generaliter vis omnis*, *etiam sæpius facta continetur.*
7. *Stipulationis huius iterum commissæ effectus.*
8. *De lectione huius loci observatio.*
10. *Stipulatio omnis*, *quæ in faciendo aut non faciendo est*, *an sæpius committi possit.*

1 STipulatus quis est hoc modo, neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes? Finge cum possessori fundi fieret possessionis controversia, tandem re inter litigantes transacta convenisse, ut possessio apud eum maneret; utque rata esset conventio, stipulatum esse possessorem ab adversario, neque per eum, neque per heredem eius vim fieri, quominus eum fundum de quo agitur, sibi possidere liceret. Stipulatio non in controversiis rerum corporalium tantum utilis, sed præci-

cipue in servitutibus; de quibus cavetur,
per te non fieri, quominus eo aut illo iu-
2 re uti possim. *L. ult. supr. de serv.* † *Per
te non fieri* nihil aliud est, quam per te
vim non fieri. Nam in omnibus interdictis
quæ sunt de quasi possessione servitutis re-
tinenda, Prætor utenti, quominus ita uta-
tur, vim fieri vetat, dum id cavet, ne
quid fiat, quominus quis eo iure libere
utatur. *L.* 1. *L.* 3. §. *ait supra de iti. ac.*
3 *pri. L.* 1. *supra de acq. quot. et est.* † Ad-
versus hanc stipulationem promissor possi-
denti vim fecit, dum eum aliquo modo li-
bere uti re prohibet, iuxta ea, quæ tra-
duntur in L. 3. §. 1. *et seqq. supr. uti pos-
si. et* L. *veteres. supr. de iti. ac. pr.* quo
nomine commissa stipulatione stipulator e-
git cum promissore, et ut utiliter ex ea
stipulatione agitur, ita etiam id quod sua
interest a promissore damnato stipulatorem
consecutum esse, aut certe in id promis-
sorem damnatum esse intelligendum est.
Ac semel eo nomine damnatus promissor
deinceps quievit. Sed mortuo eo heres de-
nuo possidendi vim facit. Quæsitum est,
an ex facto heredis iterum committatur sti-
pulatio, ut adversus hunc quoque amplius
agi possit; an vero satis fuerit ex ea se-
mel egisse stipulatorem, et consecutum es-
se, quod sua interest, ne amplius commit-
tatur. Respondet Scævola, quamvis ob vim
a promissore factam non solum commissa
sit stipulatio, sed etiam eo nomine stipu-
lator iam egerit: tamen factum heredis ni-
hilominus recte remanere in stipulatione,
ut scilicet et de eo etiam nunc ex eadem
4 stipulatione agi possit. † Id probat duobus
argumentis: uno a maiori ducto, altero ab
absurdo. Prius tale est: si cum promissore
semel actum esset ob vim ab eo factam,
ac deinde iterum vim faceret, etiam ex
ipsius posteriore vi committeretur adversus
eundem stipulatio. Quanto magis postea ad-
versus heredem eius ob vim ab eo factam
committetur? Tolerabilius est enim eandem
stipulationem adversus diversos committi,
ut agatur semel tantum adversus singulos
ob vim ab illis separatim factam; quam
committi adversus unam eandemque per-
sonam sæpius, quamvis ob factam eius di-
versa. Posse autem etiam ex ipsius promis-
soris posteriore vi committi stipulationem
ita ostendit. *Non enim*, inquit, *ad unam
vim pertinet.* Quasi diceret, si ex posterio-
re vi promissoris non committeretur stipu-
latio, oporteret eam ad unam tantum vim
primam pertinere, id est, eo referri, ut
ea tantum vis præstaretur: nunc autem ad
unam vim non pertinet, sed ad omnem,
quæ postea facta erit: idque verba stipu-
lationis non obscure demonstrant. *Nam si-
cut*, inquit, *et ipsius* (intellige promisso-
ris) *et heredis caput*, id est, personam,
ita *ipsius vim vel sæpius factam complecti-
tur, ut condemnetur, quanti interest.* † Ca- 5
put dixit pro persona, quomodo dicta sunt
capitalia iudicia, per quæ caput, id est,
persona eximitur de civitate. *L.* 2. *infr. de
pub. iud.* §. *cum autem*, *Inst. quib. mod.
ius patr. pot. sol.* et capite censi, qui ex
persona sua censentur, non ex bonis. Con-
tinet stipulatio superior aperte et promis-
soris et heredis personam: quoniam utra-
que verbis stipulationis est expressa. † Con- 6
tinet etiam ipsius promissoris vim vel sæ-
pius factam: quia de vi eius generaliter
cautum est; ac verbo generali vis omnis
continetur. L. *si servitus*, *supr. de ser.
urb. præd. L. Mævius*, §. *duorum*, *supr. de
leg.* 2. neque vero secunda vis, aut tertia
minus vis est, quam prima. † Addidit, *ut* 7
condemnetur, *quanti interest*; ut intellige-
retur ex posteriore vi promissoris commit-
ti stipulationem, non hoc sensu, ut ex ea
vi agi possit non minus, quam ex priore,
dum tamen agatur ex una dumtaxat: sed
ita ut ex unaquaque agi possit separatim,
et quidem cum effectu, id est, ita ut ex
unaquaque condemnetur promissor, quanti
stipulatoris interest eam vim factam non
esse. Et hoc consequens est, si stipulatio
vim omnem continet. Nam si stipulatio o-
mnis faciendi, præcipue quæ in non fa-
ciendo est, committitur in id quod inter-
est; *L.* 3. *supr. eod.* et hæc stipulatio com-
mittitur ob vim omnem, quam continet:
necesse est intelligi committi eam in id
quod interest unamquamque vim factam
non esse. Non committitur autem, nisi eo
nomine agi potest: nec ulla est actio, ex
qua reus non potest condemnari. † Illa ver- 8
ba, *ita ipsius vis, vel sæpius facta comple-
ctitur*, quæ sunt in Pandect. Florentinis
defendi possunt, *si quis complectitur* sic
accipit, ut sit passivæ vocis, pro compre-
henditur, et subaudiatur a stipulatione. Sed
cum nullum nomen hic sit, quod subiicia-
tur verbo *complectitur*, præter id quod
præcedit, nempe stipulatio quod et ipsum
iam duobus verbis præcedentibus eodem
casu pariter adiunctum est: non potest sal-
va ratione recti sermonis et huic *tertio*,
quod continenter sequitur, aliud aptari,
quam illud idem, ut dicamus; nam sicut
utriusque personam, ita et vim promisso-
ris vel sæpius factam stipulatio complecti-
tur: quomodo et in aliis exemplaribus le-
gitur: et recte. Alioqui oratio erit non co-
hæ-

hærens, perturbata et generibus verborum
et casibus: cum priora verba actionem si-
gnificarint, posterius passionem. Casus di-
versi, illic *stipulatio*, hic *a stipulatione*,
cum tamen hoc posterius nullo modo ex-
primatur. Ut omittam vix esse, ut apud
idoneum aliquem auctorem reperiatur ver-
bum *complectitur* ita usurpari, ut passive
significet. Sed si hæc nos non offendunt in
verbis et structura orationis; quod propter
sententiam in his mutemus, nihil est. Nam
utrovis modo legamus, utraque lectione ea-
9 dem sententia exprimitur. † Hactenus prius
argumentum Scævolæ. Sequitur alterum in
illis verbis, *aut si sic volumus*. Est autem
huiusmodi: *si volumus*, id est, si inter-
pretamur hanc stipulationem *neque per te*,
neque per heredem tuum fieri, sic factam
esse, id est, in hanc sententiam, seu hanc
sententiam habere, *ut ad unam vim pri-
mam teneat* (*teneat*, pro nos teneat, seu
valeat; ut tenet actio, pro valet intentio,
et nos tenet in *L. quæsitum*, *in pr. supr.
de pecul. L. 1. §. quia autem*, *supr. quod
leg.*) consequens erit, si promissor semel
vim fecerit, quamvis ex ea vi nondum a-
ctum sic cum promissore; tamen amplius
ex heredis vi stipulationem committi non
posse, ne hoc quidem, ut ex ea potius li-
ceat agere, quam ex priore. Nam si unam
tantum vim eamque primam stipulatio con-
tinet, ex secunda vi stipulatio committi
non potest. Consequens et illud, si ex prio-
re vi promissoris cum eo actum erit, qua-
si ex eius una vi totam stipulationem es-
se consumptam. Quorum utrumque absur-
dum est, et verbis stipulationis aperte re-
pugnans. Stipulatio enim omnem vim com-
plectitur: ut dicendum sit secundum ver-
ba et conventionem ex omni vi eam com-
mitti posse, etsi quis ex una tantum agi
posse concederet. Sed posterius præcipue
absurdum videri debet, cum ex pluri-
bus rebus in stipulatum deductis de una
separatim actum est, quod fit, cum actum
est de una vi promissoris, dici ea actione
totam stipulationem etiam de cæteris re-
bus, de quibus actum non est, esse con-
sumptam. Quæ si falsa sunt, et illud fal-
sum esse necesse est, unde consequuntur.
Dicemus igitur, ut stipulatione superiore
de omni vi promissoris et heredis eius cau-
tum est, ita stipulationem ob vim vel ab
uno, vel ab utroque sæpius factam sæpius
etiam committi, ut ob unamquamque con-
demnetur is, qui fecit, in id quod inter-
est. † Quid ergo, an stipulatio omnis, quæ 10
in faciendo, aut non faciendo est, sæpius
committi potest? nam de eo non in hac
specie tantum, sed et in aliis quoque du-
bitari solet. Finge id quod præstari debuit,
sæpius non præstari, aut adversus id, de
quo cautum est, committi sæpius. Minime
vero omnis faciendi stipulatio potest sæ-
pius committi, sed de eo statuendum est
ex eo, quod promittitur. Multum refert,
una res, seu unius rei factum promittatur,
an plura. Nunquam, una res promissa non
præstita, amplius stipulatio committi po-
test, quam semel alioqui plures res peten-
tur, cum una tantum debeatur ex stipu-
latione. *L. venditor ex hereditate*, *supr.
de her. vel act. vend. L. si ita quis sti-
puletur.* 63. *supr. eod.* Quod si plures res,
plurave facta continebuntur, in singulas
caussas, et singula facta committetur sti-
pulatio in id, quod stipulantis interest.
Exempla suppeditabunt cum alii loci, tum
hi præcipue, hæc *L. si sic L. si procura-
tor*, *infr. rem rat. hab. L. 1. §. habet
autem*, *supr. usuf. quem. ca.* Sed commit-
tetur, inquam, in id, quod interest: quo-
niam interest stipulantis singula præstari.
Quod si omnibus factis subiecta erit pœnæ
stipulatio, si quid factum non erit, aut si
quid contra quam cautum est, factum fue-
rit, ut in compromisso, si qua in re pari-
tum non sit arbitri sententiæ: quacunque
in parte contra stipulationem factum e-
rit, committetur quidem pœna, et qui-
dem tota; sed semel commissa amplius
committi non potest, ut de pœna ex com-
promisso debita scriptum est in *L. si duo
§. ult. supra*, *de rec.* Nec dubium est,
quin debeat ad cæterarum rerum stipula-
tiones idem transferri: cum in omnibus
omnium factorum stipulatione comprehen-
sorum una pœna promissa sit, non plures.
Et hæc, nisi actum sit, ut in singulas caus-
sas toties pœna committatur, ut additum
est in *d. L. si duo*, *in fin.*

Ad L.

Ad L. Titia. 134.

Paulus lib. XV. *Responsorum.*

Titia quæ ex alio filium habebat, in matrimonium coiit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiæ desponderetur: et interpositum est instrumentum: et adiecta pœna, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset. Postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit: et filia eius noluit nubere. Quæro an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione quæ proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam: quia inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive fututa, sive iam contracta.

SUMMARIA.

1. *Matrimonia metu pœnæ legibus non constitutæ inhoneste obstringuntur.*
2. *Ad matrimonia tam contracta retinenda, quam futura promovenda, etiam pœnæ legibus sunt comparatæ.*
3. *Pœna eorum, qui sponsalibus contractis futurum matrimonium sine iusta caussa repudiant.*

DIxi, quod satis est, de hoc loco partim ad *L. si stipulatio facta* 19. par-
1 tim ad *L. generaliter* 26. *supr. eod.* † Tantum addam, quod hic generaliter dicitur inhonestum visum esse vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta, de pœna legibus non constituta dictum
2 esse. † Cæterum et suas pœnas hic esse constitutas aut receptas legibus, cum ad retinenda quæ iam contracta sunt matrimonia, tum ad futura promovenda comparatas. Nam adversus iniusta divortia certæ sunt pœnæ constitutæ. *L. consensu, C. de repud.* cuius generis pœnæ intelliguntur in *d. L. si stipulatio* 19. *supr.* cum dicitur in divortiis debere nos contentos esse pœnis legum. † Sponsalibus autem contractis, 3
qui sine iusta caussa futurum matrimonium repudiant, iubentur duplum arrarum sponsaliciarum restituere. Quod si convenerit inter sponsos, ut amplius restitueretur, etiam hæc conventio usque ad quadruplum admissa est *L. ult. C. de repud.*

Ad §. Item respondit, plerumque.

DEfinitionis hic traditæ exemplum appositissimum est in *L.* 4. §. *ult. supra de pac.* Licebit eodem referre speciem *L. triticum* 94. *supr.* ut sententiam eius loci interpretati sumus. Exceptionis subiectæ exemplum habemus in *L. si ita stipulatus.* §. *Chrisogonus*, vers. *sequens stipulatio*, *supr. eod.*

Ad §. Idem respondit, cum Septicius.

IN specie facti liceat dissimili, definitio tamen et sententia eadem, quæ exposita est ad *L. sciendum* 30. *eod.*

Ad . Idem respondit, quotiens.

ID sentit; quod ipse idem definit apertius in *L. pen. infr. eod.* de utroque loco dictum est ad *L. scire* 29. *supr. eod.*

Ad L. Si ita quis promiserit. 135.

Scævola lib. V. *Responsorum.*

Si ita quis promiserit: *Decem tibi dabo qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta*: quæro usuræ utrum ex die stipulationis, an ex die qua petita sors fuerit, debeantur. Respondit secundum ea quæ proponerentur, ex die stipulationis deberi: nisi aliud actum manifeste probaretur.

Item quæsitum est, quando pecuniam reddere debebo cum primum petierit. Respondit, verba quæ proponerentur, ex die quo stipulatio facta esset, initium capere.

SUMMARIUM.

1. *In promissione hac, Decem tibi dabo, qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta, et sors et usuræ ex die stipulationis debentur.*

1 HIS verbis, *decem tibi dabo, qua die petieris, et eorum usuras in dies triginta*, existimari possunt usuræ non deberi, nisi ex die qua petita sors fuerit, quasi nec sors ipsa illo die adiecto ante deberetur. Sed recte respondetur, ex *die stipulationis eas deberi.* Sive enim in his non intelliguntur repetita illa verba, qua die petieris, stipulatio usurarum pura est. Quod pure promissum est, præsenti die debetur. *L. eum, qui Calendis, §. ult. supr. §. omnis, Inst. eod.* sive intelliguntur eadem repetita; tamen id de conditione stipulationis nihil mutat. Quoniam ea adiectio, *qua die petieris*, neque diem neque conditionem habet, sed magis admonitionem quandam, quo celerius solvatur. *L. si decem, cum supr. eod. L. Titia* 65. *de cond. et dem.* Cui rationi consequens est, quod et de sorte ipsa subiicitur, non incipere deberi, eam, cum primum stipulator petierit; sed iam ab initio stipulationis, et ut loquitur Scævola, obligationis verba ex die interpositæ stipulationis initium capere. Fieri quidem potest, ut hoc actum sit, ne ante deberi inciperent usuræ, quam interpellatus promissor pecuniam non solvisset, eoque etiam pertinuerit ea adiectio, qua die petieris. Sed si promissor hoc convenisse dicet, quoniam verbis stipulationis non probatur, aliunde probare debet vel instrumentis idoneis, vel testibus.

Ad §. Seia cavit.

Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam. Deinde incontinenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret, et hortos acciperet. Quæritur, cum ante Kalendas Apriles non omne prætium cum usuris a Lucio Titio Seiæ solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiæ Titius solvere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, et usque in hodiernum per Titium non est quo minus reliquum solveret: an (si) nihilo minus Lucius Titius Seiæ universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit: Respondit posse, si non multo post obtulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.

SUMMARIA.

1. *Hypothesis in hoc §. proposita.*
2. *Duo in responso Scævolæ hoc loco statuuntur.*
3. *Pecunia in proposito secus, quam a Scævola hic statuitur, post diem oblata, an locum habeat moræ purgatio.*
4. *Disputat de veritate prioris partis responsi Scævolæ.*
5. *Defendit posteriorem partem eiusdem responsi.*
6. *Obiecta superius breviter repetuntur, ac diluuntur.*
7. *Locus de facti et iuris quæstionibus.*
8. *Iudicis officium differt ab officio Iurisconsulti.*
9. *Iudicis cognitio in proposito quibus in rebus versetur.*
10. *Modicum tempus quodnam iudicandum.*
11. *Disputationis præsentis utilitas.*
12. *Pacta in continenti facta sipulationi non inesse ad actionem.* et n. 14.
13. *In narrationibus facti a consultoribus sæpe multa non multum ad rem pertinentia recitari exemplis declarat.*
15. *Moræ verbo non proprie hic usus Scævola.*

1 SEia mandante Lucio Titio hortos quosdam emerat suo nomine, et pecunia sua: utque empti erant, ita et ei suo nomine sunt traditi: unde et domina hortorum facta est: ut quamvis iudicio mandati teneatur Titio, ut eos illi cedat; L. *si procuratorem*, §. *mandati*, *supr. mand.* non tamen prius fiant Titii, quam si illa in eum dominium transtulerit. *L. si ex mandatu, supr. de acq. rer. do.* Id cum Titius vellet fieri, nec recusaret Seia transferre, dum pretium, quod de suo solverat,

rat, cum usuris reciperet, neque Titius haberet præsentem pecuniam; de ea translatione in futurum sibi prospexit stipulatione a Seia, et ab ea stipulatus est eorum hortorum proprietatem in se transferri, *cum pretium omne cum usuris ei præstitisset.* Cavit Seia, idest, stipulanti promisit hac conditione se translaturam. Si in ea stipulatione nihil postea immutatum esset pacto, non dubitaremus, an et quando ex ea stipulatione agi posset: stipulatio enim conditionalis est, ita concepta, *cum Seia pretium omne cum usuris a Titio recepisset*; quod valet, *si recepisset.* L. quodcunque, §. *non solum*, *sup. eod. L. si Titio*, *supr. quan. d. leg. ced.* Stipulationes conditionales tunc committuntur, cum conditio extiterit. §. *sub conditione*, *Inst. eod.* nec dubium est, quin hæc conditio, *si Titius pretium omne cum usuris solverit.* Titio quandoque pretium cum usuris offerente aut impleatur, aut pro impleta habeatur. Si Seia oblatum accipit, impleri conditionem certum est: si recusat, dum recte offertur, nihilominus habetur conditio pro impleta. L. *in executione*, §. *ult. supr. eod.* L. *iure*, *supr. de cond. et dem.* Ita manente superiore stipulatione, quandocunque Titius offerret pretium cum usuris, recte ex stipulatione hortos condiceret. Sed quod sequitur, controversiam fecit: convenit enim deinde inter utrumque *in continenti*, id est, statim et continenter, nullo alio actu interposito, *ut intra Calendas Apriles primas universam summam Titius mandator numeraret, et hortos acciperet.* Is aut intra Calendas, ut convenerat, non numeravit universam pecuniam, sive quod in totum nihil solvit, sive quod partem dumtaxat. Nunc demum præteritis Calendis totam offert. Quæsitum est, an si Seia accipere recuset, possit Titius agere ex stipulatu: dum scilicet hoc dubitatur, an posteriore conventione recessum sit a priore stipulatione, et hoc effectum, ut cum prius liceret Lucio Titio quandocunque solvere pretium hortorum, nunc solum liceat intra Calendas. Scævola respondet etiam post Calendas offerentem Titium ex stipulatu agere posse: sed his conditionibus; si non multo post offerat, nec mulieris quidquam propter eam moram intersit. Hoc responsum, si quod aliud Scævolæ, parum expeditam et sententiam et rationem habet, atque haud scio an multis fatis cognitam, certe, quod res loquitur, parum vulgo explicatam: quo diligentius et quid velit, et quam id recte statuat, nobis considerandum videtur. Sed de sen-

tentia prius videamus. † Et si recte scripsit 2
Scævola, duo hoc loco statuere intelligitur. Unum; non obstare superiorem conventionem quamvis in continenti interpositam, quominus possit Titius suis illis conditionibus etiam post calendas pretium cum usuris offerre, et hortos ex stipulatu petere. Alterum; si quid eorum, quæ in conditione posuit, desit, idest, si aut Titius multo post Calendas pretium offerat, aut mulieris iam interesse cœperit, quamvis statim; frustra pretium offerri, et iam amplius ex stipulatu agi non posse. Ac de priore sententia dubitari non potest, cum diserte verbis expressa sit: de posteriore potest, et quidem ea a quibusdam non recipitur; nec abs re omnino, ut videtur. † Quid enim, 3
si multo quidem post Calendas Titius offerat, sed nihil intersit Seiæ pretium ante solutum non esse? Quid, si intersit, sed Titius una cum pretio et usuris etiam id quod interest, ei offerat? an non est æquum cogi Seiam pecuniam accipere, et admitti moræ purgationem, quæ sine detrimento eius contingat? Et vero id ita faciendum esse dixeris: Nam moram prius factam certi iuris est purgari posse postea offerendo: utque eam quæstionem placet esse de æquo et bono; ita quoties sine damno adversarii ea purgari potest, toties æquum est purgationem admittere. *L. si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.* Quamobrem, ut dixi, id etiam quidam in hac specie admittendum esse putaverunt, qui ita scripserunt de sententia huius loci; ut dicerent oblationem hic factam post diem Titium excusare; eique præbere actionem ex stipulatu, qua hortos condicat: dummodo damnis Seiæ, si quæ senserit ob moram, satisfaciat. Significantes, si nihil damni senserit Seia, nihil esse impedimento, quominus pretium cum usuris quandoque offerendo purget moram: si senserit, etiam tum moram purgari posse postea, dum hoc damni quidquid est, sarciatur. Sed longe alia significatio est verborum Scævolæ: quæ quidem ita perspicue scripta sunt, ut non tam attentionem et prudentiam, quam intelligentiam sermonis in lectore desiderent. Ait enim *ex stipulatu agi posse*; sed addita conditione, *si non multo post obtulisset.* Frustra addidit conditionem, si quandoque post Calendas licuit offerre, et ex stipulatu agere: cum dici debuisset agi posse simpliciter sive Titius multo post obtulisset, sive statim postea. Quid dico autem Scævolam adiecisse conditionem? Imo cum prius generaliter dixisset agi posse; non tam conditionem addidit postea, quam exceptionem, *si non*, idest, *nisi multo pos*

ob-

obtulisset: qua exceptione id quod prius dixerat, corrigere eum apparet: neque potest id facere, nisi hoc statuat, si Titius multo post obtulerit, eum ex stipulatu omnino agere non posse, ut prius definierat. Addidit etiam Scævola hanc alteram sive conditionem, sive exceptionem; *nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* Si ex priore conditione hoc dicere intelligitur, Titium ex stipulatu agere non posse, si multo post Calendas offerat: consequens est ex posteriore quoque hoc eum dicere intelligi, nihilo magis posse Titium ex stipulatu agere, si quo modo mulieris intersit pecuniam intra Calendas datam esse, quantumvis illi statim post Calendas obtulerit: quoniam utraque conditio ad unum idemque responsum temperandum corrigendumve pariter refertur. Non obstat, quod digitur moram quandoque purgari posse postea offerendo. Id enim hanc conditionem habet, quod sine damno adversarii fiat: neque enim potest oblatio sequens ius alienum minuere, ut docuimus ad dictam L. *si servum*, §. *sequitur*, *sup.* Proinde id ad hanc speciem non pertinet. Quid enim si superiore conventione id actum est, ut post Calendas pretium offerre non liceret Titio, nisi offerretur non multo post, nec mulieris quidquam interesset? consequens erit, si non offertur his conditionibus, acquiri exceptionem Seiæ ad pecuniam postea oblatam non accipiendam, eoque ad hortos retinendos. Hæc exceptio invitæ extorqueri non potest. L. *ult. sup. de pac.* omninoque, ut cum mora promissoris pœnæ actionem dedit stipulatori, hic mora ab illo purgari non potest, quo actionem stipulatori quæsitam ei auferat; *L. magnam. C. de cont. et com. stip. L. traiecticiæ*, *supr. pr. tit.* sic ne tum quidem a stipulatore admittetur moræ purgatio, cum ea erit, quæ auferat exceptionem adversario partam. Atqui hoc sentit Scævola superiore conventione id effici, ne aliis quam supra scriptis conditionibus liceret pecuniam post Calendas offerre. De quo paulo post plura suo loco. Quo fit, ut pecunia secus oblata, hic moræ purgatio locum non habeat. Quapropter de sententia loci tenebimus id, quod supra posui, ut prius sine hæsitatione hic statuitur, in specie nimirum proposita aliquando agi posse ex stipulatu pretio etiam post Calendas oblato: sic et de posteriore dubitari non debere, agi non posse duobus temporibus, si aut offeratur pecunia multo post, aut statim quidem, sed tum, cum iam mulieris propter moram a Titio factam intersit. Sententia verborum cognita, quam recte et vere utrumque dicatur, videndum est. Et tale est, quale supra dixi, idest, eiusmodi, cuius ratio parum sit expedita. Nam prius per se falsum videtur: posterius si per se posset verum esse, tamen priore posito videtur everti; ut sic non videatur responsum ipsum posse consistere. † Ait Scævola post hanc conventionem in continenti interpositam, ut omnis pecunia intra Calendas detur, quamvis intra eum diem numerata non sit, posse Titium nihilominus ex stipulatu agere, et hortos petere. Si suprascripta stipulatione horti promissi sunt Titio hac conditione, si pretium omne cum usuris intra Calendas numerasset; perspicue falsum est. Quod enim sub conditione promissum est, nisi conditio extiterit, ut non debetur, sic nec peti potest, §. *sub conditione*, *Inst. eod.* L. *cedere*, *infr. de ver. sig.* Dubium autem non est, quin huic conditioni, si Titius pretium omne intra Calendas numeraverit, ita pareatur, non si pretium omne quandoque numeratum sit a Titio, sed si numeratum sit intra Calendas. Quod si intra Calendas datum non sit, statim deficit conditio, licet postea offeratur quantumvis statim: quidquid enim offeretur postea, et quandocunque offeretur, semper verum erit intra Calendas datum non esse, ut conditio exigebat. *L. Celsus*, *supr. de arb.* usque adeo, ut si cui libertas relicta sit, si rationes intra Calendas reddidisset, placeat eum non pervenire ad libertatem, si per eum steterit, quominus intra præscriptum tempus conditioni pareret, licet postea velit rationes reddere. *L. Thais*, §. *intra*, *supr. de fid. lib.* Atqui superioris conventionis in continenti interpositæ vis hæc esse videtur, ut intelligatur stipulatio hortorum renovata esse, et pro conditione indefinita, si Titius pretium omne cum usuris reddidisset, quam conditionem ab initio habuit, hanc accepisse, si Titius pretium omne cum usuris intra Calendas reddidisset. Proinde in hac quoque stipulatione hoc ius erit, ut omni pecunia intra Calendas non numerata, ut hic contigit, postea Titius ut conditione defectus ex stipulatu agere non possit, sive omnem pecuniam offerat multo post, sive statim. Accepisse autem stipulationem priorem ex conventione hanc conditionem, si intra Calendas pecunia omnis numerata esset, effici videtur illa sententia veterum, quæ usurpatur a Paulo in L. *lecta*, *supr. si cer. pet.* pacta in continenti facta stipulationi inesse: cuius eodem auctore Paulo, *in ver. dicebam*, *ead.* L. hic est sensus, ut pactum stipulationi subiectum, si in continenti factum sit, sic habeatur, quasi pars

esset

esset prioris stipulationis, ac secundum id videatur iam a principio concepta esse stipulatio. Quid autem efficeret conventio superior, si stipulationi præcedenti hoc modo inesset? ut Titius videlicet ad conditionem implendam deberet omnem summam numerare intra Calendas, quoniam de pecunia ita numeranda convenit. Quare superiori sententiæ conveniens est, ut hoc quoque loco sic conventio accipiatur, idque efficiat. Nihil ad hoc expediendum valet, quod quidam dicunt, pacta quamvis in continenti facta stipulationi non inesse ad actionem. Concedo hoc ita esse, et vero per se verissimum, ut satis demonstrasse videor ad *L. in bonæ, C. de pac.* ac quam recte contra scripserit hoc loco Accursius, et quam dextre ex hoc loco id colligat, postea in extremo ostendam. Ego autem plus etiam hic largiar: volo enim (etsi falsum est) conventionem de qua agitur, ne ad defensionem quidem stipulationi inesse, ut prosit Seiæ, dum horti ab ea petuntur. Quid horum utrumque ad objectionem explicandam pertinet, si nihil affertur aliud? Non enim de eo nunc agitur, an insit ad actionem, aut defensionem: satis est ad responsum Scævolæ refellendum, si dici possit inesse conventionem ad conditionem prioris stipulationis renovandam, et hoc efficiendum, ut dies conventione dictus etiam stipulationi insertus intelligatur. At hoc ita esse nunc dicimus, in eamque sententiam dictum esse illud, pacta in continenti facta stipulationi inesse, ut Paulus ipse interpretatur. Sunt, qui concedant conventionem quæ nunc proponitur, eoque et diem conventione comprehensum stipulationi inesse videri iuxta superius illud dictum veterum: verum non inesse ex conceptione verborum, sed ex quadam iuris interpretatione: ex quo effici volunt, conditionem stipulationis proprie nullum diem continere. At Paulus ait sic pacta in continenti facta inesse videri, ut secundum eorum formam intelligatur renovata esse prior stipulatio. Deinde an conditio non inest, quia inest iuris interpretatione? Imo hoc ipso inest maxime, quia ius inesse interpretatur. Nos autem dicemus neque conventionem propositam inesse superiori stipulationi; et si inesset, non tamen posse inesse ad conditionem prioris stipulationis mutandam, de quo nunc quæritur. Et ut prius hic attingam, magis ut errori communi in eo occurratur, quam quod ad locum expediendum sit necesse: inesse stipulationi est, stipulatione contineri. Ut cum dicimus exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, *L. 3. supr. de res. vend.* hoc dicimus bonæ fidei iudicio contineri, etiam si nominatim in iudicium deductæ non sint a reo, cum lis contestatur. *L. huiusmodi, §. qui servum sup. de leg. 1.* Non potest autem conventio hoc modo inesse stipulationi, nisi sit pars stipulationis. Nec vero potest pars esse, aut etiam valere iure stipulationis, nisi et ipsa intelligatur in stipulationem deducta. Ut in proposito, si volumus conventionem de tota summa Seiæ intra Calendas danda secutam inesse stipulationi priori, quæ de hortis Titio præstandis contracta est; perinde habebitur conventio, ac si pecuniam, de qua convenit, stipulata esset Seia sibi intra Calendas dari, ut sic eam stipulationis iure petere posset a Titio. Hoc vero conventione quamvis statim secuta effici non posse contendimus. Cum enim stipulatio conficiatur verbis, ac sine his nulla sit; non potest videri stipulatione contineri ulla res, de qua præstanda verbis stipulationis cautum non sit. *L. quidquid, supra, eod. L. 1. C. de usur.* At de pretio hortorum cum usuris Seiæ præstando nihil stipulatione cautum est. Fuit quidem pretium in conditione, si id solutum esset Seiæ: sed non ideo promissum, neque omnino ex ea conditione obligatur Titius, ut quidquam det Seiæ: quoniam conditio nihil statuit, sed pendet aut ex Titii voluntate, aut ex casu. *L. si quis sub conditione, sup. si quis omis. cau. test.* Proinde nec conventio de ea pecunia præstanda in stipulationem priorem deducta potest videri, eoque nec ei inesse. Sed et illud fieri non potest, ut cum duæ sunt stipulationes distinctæ et separatæ, una alteri insit, seu una alteram contineat: tum enim inesse dicitur aliquid stipulationi cum una est stipulatio pluribus rebus constans, ex quibus est illud, quod ea contineri dicimus. Atqui si conventionem hic secutam sic accipimus, ut ea intelligatur deducta in stipulationem præcedentem, incipient necessario duæ esse stipulationes maxime diversæ et separatæ; ut pote maxime diversarum rerum et diversorum reorum: una de pecunia Seiæ danda, in qua Seia stipulatur, promittit Titius: altera de hortis Titio reddendis, in qua e converso stipulatur Titius, promittit Seia: stipulationes non tantum diversæ, sed etiam prope contrariæ: ut plane absurdum sit dicere unam esse partem alterius, seu alteri inesse, etiam si quis priorem conventionem semper conventionem manere, nec transire in stipulationem concederet. Nam quod dicitur pacta in continenti facta

cta inesse stipulationi, etsi a Paulo dicitur generaliter: tamen quia in certa specie pacti dicitur, et ad eam accomodatur, res cogit fateri sic accipiendum esse, quasi dictum esset, pacta eiusmodi, cuiusmodi est id, quod apud Paulum proponitur, stipulationi inesse. Ut intelligamus ea pacta, quæ fiunt de ea re ipsa, quæ in stipulationem deducta est, pertinentque ad minuendam obligationem, dum de ea re aliquid detrahitur conventione, vel adiicitur dies, aut conditio stipulationi: aut pertinent quidem ad augendam obligationem; non tamen ut promittatur aliud, quod prius stipulatione cautum non erat, sed ut dies vel conditio stipulationi inserta detrahatur. Hæc insunt stipulationi, quia possunt: potest enim his subiectis stipulatio prior sic accipi, quasi in eorum sententiam stipulatio iam ab initio esset concepta, non repugnante stipulationis natura, sed maxime consentiente secundum ea, quæ diximus ad L. 1. §. *si quis simpliciter*, *et seq. supr. eod.* De iis autem pactis accipi non potest, quæ fiunt de alia re, quam quæ cauta erat stipulatione. Contraria de caussa, quia hæc non possunt stipulationi inesse, refragante nimirum natura stipulationis, quæ non patitur, ut quidquam insit priori stipulationi, quod nec verbis eius, nec sententia continebatur. Demus tamen conventionem hic propositam inesse stipulationi, ut pars sit eius, et iure stipulationis valeat: de quo quia ad rem non pertinet, nunc valde non laborabimus. Ac de eo plura scripsimus ad *L. lecta*, *supr. si cer. pet.* et ad L. *in bonæ*, *C. de pac.* Aio etsi inesset, ut valeret ipsa per se, et actionem pareret Seiæ: tamen etiam secundum superius illud dictum veterum non posse eam inesse ad conditionem stipulationis innovandam: quod satis est, ut probetur etiam post illam conventionem mansisse stipulationem hortorum integram, eoque et post Calendas secundum verba stipulationis pecuniam offerri Seiæ, et ab ea hortos peti posse, id enim fieret, si conventio non esset secuta. Et cum dicitur pactum in continenti factum inesse stipulationi, opinor hoc omnes dici intelligunt, ipsum tale inesse, quale est: proinde et tantum efficere in stipulatione, quantum continet, non amplius: Nam amplius si eo effici vellemus, recte dicetur hactenus non id quod convenit, idest, pactum stipulationi inesse, sed aliud: Pactum autem inesse volumus, non aliud. Quid autem continet hæc conventio, ut universam pecuniam intra Calendas Apriles mandator numeret, et hortos accipiat? Hoc secundum verba, non solum ut Titius intra Calendas pecuniam numeret, sed etiam ut postea: similiter et in hortis non solum ut eos accipiat ipse intra Calendas, sed etiam postea. Conventio enim est in diem. Quod autem in diem promittitur, non solum post diem deberi non desinit, sed tum maxime incipit deberi: unde et tum dicitur dies obligationis venisse. Quo significatur eum diem venisse, quo pecunia peti potest: cum ante cessisset tantum dies, nondum venisset, idest, cœpisset deberi pecunia, sed nondum posset peti *L. cedere*, *infr. de ver. sig.* §. *in diem*, *Inst. eod.* Et breviter ex superiore conventione Titius pecuniam in diem dare debet. Proinde et hanc quoque cum dies venerit, debebit dare, et quia debet, etiam dando, idest, solvendo quod debet, liberabitur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Eidem illi quia horti debentur in diem, ideo et post diem ei dari debebunt ex conventione. Quod si ita est, consequens est superiore conventione non effici, ut horti dentur Titio sub conditione si ipse intra Calendas Apriles universam summam numeraverit: hac enim conditione adiecta non posset Titius ad conditionem implendam numerare pecuniam post Calendas: et simul conditione defectus non posset ex conventione hortos recipere: quæ sunt conventioni propositæ contraria. Quod si in conventione nulla huiusmodi conditio est ad hortos recipiendos, conficitur, ubicunque ea conventio inerit, ibi eam non posse efficere conditionem, quam ipsa non habuit. Non negem equidem posteriore pacto in continenti facto conditionem stipulationi iniectam videri, si convenisset, ut Seia hortos daret Titio, addita nominatim hac conditione, si pecunia omnis intra Calendas data esset. Id enim probandum est, si pacto in continenti secuto perinde haberi debet, quasi stipulatio præcedens secundum id a principio concepta esset; quod Paulum sentire diximus, cum ait pacta in continenti facta stipulationi inesse credi. Sed cum non sit ulla conditio in proposita conventione, non potest, ut dixi, stipulationi iniicere, quod non habuit. Sit igitur hoc iam constitutum, conventione posteriore quamvis in continenti secuta, ut quidem eius verba sunt, non esse mutatam priorem stipulationem ne ad conditionem quidem: ut consequens sit, etiam post Calendas posse Titium Seiæ universam pecuniam offerre iure stipulationis, et hortos ab eo ex stipulatu petere. Sed videamus, ne hoc constituto hic nobis eveniat, quod proposui, ut dum priorem partem responsi Scævolæ su-

superiore ratione defendere conamur, hac
5 ipsa ratione posteriorem amittamus. † Ait Scævola, si pecunia post Calendas offeratur vel multo post, vel cum iam interesset Seiæ, ex stipulatu Titium agere non posse. Atqui si conventio posterior stipulationem non mutavit, ut diximus: licebit Titio et iam nunc pecuniam offerre quandoque, id est, non tantum ante Calendas, sed etiam post Calendas, et quidem post Calendas ita, ut nihil intersit, statim offerat, an multo post: nihil intersit Seiæ, an quid intersit: hoc enim iuris foret ad conditionem stipulationis implendam, si in suo statu mansisset stipulatio, nec ulla conventione esset mutata. Conditio enim hæc fuit, si Titius pretium omne cum usuris dedisset sine ulla præfinitione temporis: huiusmodi conditiones, quæ in potestatem creditoris conferuntur, etiam ultimo vitæ spatio impleri possunt. L. 5. *supr. de her. inst. L. ult.* illic, *argumentoque est*, *supr. de cond. inst.* Argum. in L. *ita stipulatus*, *supr. eod.* Et certe in proposito quandoque Titius pretium omne cum usuris dederit, semper verum erit, id eum fecisse, quod conditio exigebat: is autem implet conditionem, qui id facit, quod est in conditione. L. 2. *sup. de cond. et dem.* De quo si dubitaretur in conditionibus testamento adscriptis, ut dubitari solet propter *L. hæc conditio* 29. *supr. de cond. et dem.* attamen in contractibus de eo non deberet dubitari. Nam cum conventiones eo spectent, ut unusquisque paciscendo sibi caveat, et ius scriptum sit vigilantibus: L. *pen. in fi. sup. quæ in fraud. cred.* non debet cuiquam adimi, de quo verbis conventionis aperte sibi caverit, sive specialiter id factum sit, sive verbis generalibus. Ideo etiam in stipulationibus si quis quid verbis generalibus stipulatus sit, placuit non esse ferendum promissorem, si quid excipiat, et se dicat de eo non sensisse. *L. quidquid supra eod. L. non est*, *supr. de transact.* Quo fit, ut qui sibi hortos stipulatus est, si eorum pretium daret, quoniam in facultate dandi nullum tempus excepit, is quandoque dando conditioni pareat, et sibi ex stipulatu acquirat actionem. Denique videamus, ne ex distinctione Scævolæ res incidat in difficultatem inexplicabilem. Aut enim conventio post secuta mutavit conditionem stipulationis, et ei iniecit diem Calendarum, aut non mutavit. Si diem adiecit, et Titius intra præstitutum diem non dedit, conditione deficitur, eoque omnino post Calendas ex stipulatu agere non potest. Si conditio non est mutata, mansit facultas implendæ conditionis, quæ prius fuerat, ut possit Titius, quandiu vivit, conditioni parere: quod dum facere potest, poterit etiam post Calendas quandoque ex stipulatu agere. Nec obstabit conventio, quæ et ipsa postea dandi potestatem dedit, ut supra ostendimus. Et fatendum est, si verba conventionis tantum spectentur, non etiam mens contrahentium, dici debuisse non effecisse hanc conventionem, quominus pecunia etiam post Calendas Apriles recte offerretur Seiæ, cum enim promittatur pecunia in diem, intelligendum est pecuniam etiam post diem perpetuo deberi: quod si debetur, efficit regula iuris, ut possit Titius etiam ex conventione eam quandoque post diem solvere: Sic enim regula iuris est, solutione eius quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl. in prin.* Secundum quam non quærimus, utrum solvatur pecunia post Calendas statim, an vero multo post, cum semper debita offeratur; neque an intersit Seiæ propter Titii moram, an non intersit; cum etsi intersit, non tamen fecerit mora, quominus pecunia semper deberetur. Plus dico, etsi intersit Seiæ pecuniam sua die datam non esse, tamen non eo minus posse Titium pecuniam offerre quandoque post Calendas ad actionem ex stipulatu acquirendam, etiam si Seiæ non offerat, quod ita eius interest: satis est enim ad acquirendam actionem, si pareatur conditioni stipulationis; paretur autem, si pretium cum usuris offeratur Seiæ, etiam si nihil aliud accesserit: quoniam illa tantum duo erant in conditione. Sed etsi pretium ex conventione dari deberet, non ex conditione: tamen mora in eo dando facta, non ideo deberetur Seiæ id quod interest: in obligationibus enim dandi solum res promissa in obligationem venit, non etiam id quod interest eam suo tempore datam esse. Argumento est, quod nec fructus rei promissæ post moram veniunt. *L. videamus*, §. *si actionem*, *supr. de usur.* Atque hæc, inquam, ita sunt, si verba tantum conventionis spectentur, quæ id solum continent, ut pecunia detur in diem: ut autem post diem non detur, non exprimunt. Quinimo ut detur etiam post, efficiunt, ut est natura omnium in diem obligationum: in quibus adiectione diei id agitur, ut cum dies venerit, tum maxime debeatur pecunia, et peti possit. Sed mentem et sententiam contrahentium spectavit Scævola, id est, id quod actum est: quod in omni conventione sequimur. L. *eum, qui Calendis supr. eod.* Atque id actum esse in hac conventio-

tione est interpretatus, non simpliciter ut Titius universam pecuniam daret Seiæ intra Calendas, quod, si longius non progredimur, inutile fuit Seiæ: sed ut si vellet Titius eam dare conditionis implendæ caussa, ut ex stipulatione facere potuit, hanc daret intra Calendas: intra Calendas, inquam, non postea: ut hoc intelligatur non dandæ pecuniæ, sed conditioni implendæ præstitutum tempus: sic tamen, ut quod dictum est id actum esse, ne post Calendas liceret dare, sic accipiendum sit, nisi hoc sine ullo incommodo et molestia fieret. Quod ita contingit, si illa concurrant, quæ Scævola posuit, id est, si et non multo post Titius offerat, et propter eius moram nihil mulieris intersit. Quæ et vera sunt, et regulis iuris, quæ sunt de interpretatione ambiguæ vel obscuræ conventionis, consentanea. Dico hac conventione id actum esse, ne pecunia daretur post Calendas conditionis implendæ caussa, et tanquam actum sit, ex regulis iuris certis accipi debere. Nam hæc conventio, intra Calendas dari, ambigua est. Potest enim interponi acquirendæ obligationis caussa, hoc sensu, ut pecunia dari deberet et ante et post Calendas; verum ita, ut deberet ante Calendas si Titius vellet, postea autem ita, ut etiam necesse haberet dare. Potest etiam adiici præcedentis conditionis de pecunia danda temperandæ caussa, et ita accipi, quasi dictum esset; ut pecunia de qua in conditione stipulationis comprehensum est, dari deberet intra Calendas tantum ad conditionem implendam, non postea. In ambiguis in id actum esse existimandum est, certe tanquam actum accipi præcipiunt regulæ iuris, quo fit, ut conventio aliquid egerit, reiecto eo, quo fiat, ut sit inutilis. *L. ubi, supr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, supr. eod.* Atqui si Seia hic paciscitur pecuniam universam dari intra Calendas, dum hoc solum agitur, ut debeat dari et maxime post Calendas: inutilis est conventio. Sive enim eam pecuniam aliquo modo consequi volebat; non fuit opus nova pactione, ac ne stipulatione quidem; cum ad eam consequendam haberet propriam actionem, nempe mandati contrariam. *L. si vero, §. contrario*, L. *si quis alicui §. impendia, supr. mand.* sive id agebat, ut de ea pecunia denuo sibi caveret, et nancisceretur actionem novam, frustra ad eam rem conventionem adhibuit citra stipulationem, in quam conventio deduceretur: quoniam ex pacto nudo, qualis hæc conventio est, non nascitur actio. *L. legem, C. de pact.* Nec ad rem pertinet, quod conventio stipulationi ex continenti subiecta est: non enim ideo confirmatur, et actionem parit ea, quæ non inest stipulationi, ut docui ad *L. in bonæ, Cod. de pac.* quem locum et paulo ante obiter attigi. Cavendum igitur, ne hoc modo conventionem interpretemur, si alio potest accipi, quo sit non inutilis. Hoc vero efficitur, si id actum esse intelligimus, ut pecunia daretur tantum intra Calendas ad conditionem stipulationis implendam. Nam cum prius cogeretur Seia ex stipulatione exspectare, quandiu Titius vivit, dum ille conditioni pareret, et ita de iure hortorum incerta esse, dum pendet, an ille ex stipulatu hortos auferat, necne: nunc consequitur posteriore hac conventione, ne exspectare cogatur ultra Calendas Apriles: post quod tempus ei ius et proprietas hortorum confirmatur, ut iam de illis sine metu prioris stipulationis possit statuere. Hoc autem caveri illi utile. Proinde in hanc sententiam conventio accipienda est, ne frustra contrahentes de pecunia intra Calendas danda convenerint: quorum hic semper animus esse creditur, ut aliquid agerent. Et tamen quoniam hoc verba conventionis non significant, sed totum pro commodo et utilitate Seiæ ita accipitur: eo fit, ut habita huius ipsius commodi ratione, et inde coniectura voluntatis ducta, recte interpretetur Scævola superiore conventione actum esse, ne post Calendas Titio pecuniam offerre liceret cum hac exceptione; nisi non multo post offerret, et nihil interesset mulieris propter moram Titii. Propterea quod cum hæc concurrunt, nullum incommodum est mulieris post Calendas offerri, eoque et secundum sententiam contrahentium æquum admitti. Nam cum aliunde non intersit Seiæ, certum est magnum damnum non esse in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de iudic.* Hinc distinctio Scævolæ, quam supra posuimus: cui quam constet ratio, iam ex his potest intelligi. Sic igitur ea se habet: Si post Calendas Apriles universam summam offert Titius his conditionibus, quas modo commemoravi, recte offert, et implet conditionem stipulatione comprehensam: hoc modo enim licuit ei ex stipulatione implere: hæc illi potestas conventione posteriore non est adempta, neque verbis, neque sententia, ut ostendimus. Cui consequens est, quod de actione ex stipulatu respondet Scævola, Titium nimirum quamvis post Calendas universam pecuniam offerentem his conditionibus ex stipulatu agere posse. Hoc enim iuris est ex conditionali stipulatione postquam conditio est imple-

pleta: hic autem supra scriptis conditionibus impletam esse diximus. Contra vero si aut iam quid interest. Seiæ pecuniam Calendis datam esse, aut cum nihil eius intersit, tamen multo post Calendas pecunia offertur: frustra offertur ad conditionem implendam; quia id conventione actum est, ne his modis offerre liceret post Calendas, quod esset ea oblatio cum aliquo incommodo Seiæ coniuncta. Priore quidem casu, quia iam damnum sensisset ex mora Titii. Posteriore autem, quia et dilatio pecuniæ debitæ, et incertitudo iuris nostri longior non solum molesta, sed etiam plerumque damnosa esse consuevit. Ut autem conventione actum est, ne his conditionibus Titio liceret post Calendas pecuniam offerre: ita dicimus hanc vim esse conventionis, ne postea ita offerendo Titius impleat conditionem, sive quis conventionem stipulalationi inesse dixerit ut in continenti factam, sive non inesse. Si inest, dicendum est perinde esse, ac si horti ab initio stipulatione ita promissi essent, si pretium omne cum usuris Seia a Titio intra Calenlendas recepisset: sic enim interpretatur inesse Paulus in *d.* L. *lecta*, *vers. dicebam*, *supr. si cer. pet.* Quod si fit, certum est quod supra dixi; cum intra Calendas universa pecunia non numeratur, etiam secundum verba stipulationis deficere conditionem. L. *Celsus*, *supr. de rec. L. Thais*, §. *intra*, *supr. de fid. lib.* Hactenus autem conventionem propositam stipulationi inesse, et in ea hoc efficere, ut ex eius conditione pretium omne cum usuris intra Calendas offerri debeat, consentaneum est dicto illi veterum, pacta in continenti facta stipulationi inesse credi, idque ipsum admittendum puto, eoque pertinere, quod proponitur hoc loco hæc conventio in continenti interposita: neque enim temere est, quod nominatim id adiicitur. Atqui etsi eam conventionem isto modo quis dixerit stipulationi non inesse (neque enim ab omnibus veteribus dictum illud receptum est, ut Paulus refert in *d.* L. *lecta*, *vers. pactum, et seq.*) attamen conventione de implenda conditione stipulationis idem efficitur. Tantum hoc interest, quod cum stipulationi ipsi inest conditio, si detur intra Calendas, conditio post Calendas natura impleri non potest, sive Seia pecuniam oblatam accipiat: sive non accipiat: quia semper verum erit intra Calendas datam non esse. Cum autem convenit extra stipulationem, ut Titius intra Calendas tantum pecuniam dare posset implendæ conditionis caussa; nihilominus hic potest conditio stipulationis natura impleri: implebitur enim secundum verba stipulationis, si Seia oblatam post Calendas pecuniam volens accipiat. Quod si recuset accipere, ut de invita hic agitur: non magis implebitur conditio, quam si ipsa conditio stipulationis diem Calendarum accepisset. Ut enim nihil aliud tribuat Seiæ hæc conventio, attamen certi iuris est ei tribuere saltem exceptionem, ne post Calendas oblatam pecuniam accipere cogatur: quæ vis est omnium pactorum. *L. iuris gentium*, §. *sed cum nulla*, *supr. de pac. L. in bona*, *C. eod.* Quod si non cogitur, fit, ut illa recusante primum non impleatur conditio, ubi re vera pecunia non numeratur; tum vero nec habeatur pro impleta, ubi per Seiam non stat, quominus impleatur. *L. iure*, *supr. de cond. et dem.* non enim dici potest per eam stare, quæ propter conventionem iuste recusat. *L. sciendum*, *supr. de usur. L. qui decem*, *infr. de solut.* Unde rursum consequens, quod de hac parte Scævola significat, Titium videlicet his casibus tanquam conditione stipulationis non impleta ex stipulatu agere non posse. Ex his, puto, intelligi potest, non solum quam recte cohæreat prior pars responsi cum posteriore: sed etiam quam nihil utrique obstent ea, quibus homines etiam docti in hoc responso impediri solent. † Dicitur; cum 6
quid promissum est sub conditione, si stipulator intra Calendas decem daret, nisi intra Calendas dederit, ex stipulatu agi non posse, quantumvis statim post offerat. *d. L. Celsus*, *supr. de rec. dict. L. Thais.* §. *intra*, *supr. de fid. lib.* Id ipsum maxime confirmatur hoc responso. Nam et tunc, cum actum est conventione, ut liceret tantum intra Calendas dare ad conditionem implendam, ibi idem servantes dicimus nec post Calendas pecuniam omnino offerri posse, ut conditio impleatur. Quod si quando placet offerri eam posse post Calendas, id illic receptum est, cum et illud actum est, ut posset et post Calendas offerri. Dicitur, quod intra diem præstitutum datum non est, in eo ius esse et post Calendas moram purgare postea idem offerendo. L. *si servum*, §. *sequitur*, *supr. eod.* Id hactenus verum est, ut et iam supra initio respondimus, dum oblatio ius adversarii non minuat. Itaque si hic nihil aliud esset, quam Titii mora in eo, quod pretium intra Calendas Seiæ non dedit, nihil esset impedimento, quominus postea pretium offerendo moram emendaret. Sed ad moram eius hoc accessit, ut pretio intra Calendas non dato deficeret conditio stipulationis, aut certe propter exceptionem Se-

Seiæ quæsitam non posset impleri. Qua ex re hoc consequitur, ut actionis metu; quæ alioqui ex conditionali stipulatione nata esset, liberetur. Hæc liberatio illi semel parta invitæ auferri non potest. *L. ult. supr. de pact.* Dicitur etiam, cum quid promittitur in diem, et si non datum non esset, adiicitur pœna, eo quod promissum erat intra præstitutum diem non dato sic committi pœnam ut nulla rei promissæ oblatione possit postea evitari. *L. traiecticiæ, sup. prox. tit.* L. *Celsus*, *supr. de rec.* Sed et hoc aut non pertinet ad hunc locum, aut si quid pertinet, maxime consentit cum hoc responso. Quatenus enim in proposito id agitur conventione, ut post Calendas pecuniam offerre liceat, ibi ut conventio pecuniæ dandæ diem Calendarum constitutum non habet, ita ob eandem caussam nec pecunia intra Calendas non data, pœna committitur, ne hortos Titius accipiat. Ut appareat responsum hac parte ad superiorem definitionem non pertinere. Quibus autem casibus hoc agitur, ne liceat pecuniam offerre post Calendas, admitto etiam huic conventioni adiunctam esse pœnam, ut si Titius pecuniam intra diem suum non dederit, ne hortos accipiat. Qui enim ita dicit, accipies hortos, si intra Calendas decem dederis, hoc dicere intelligitur, si intra Calendas non dederis, non accipies. L. *quibus §. quidam Titio sup. de cond. et dem.* Quod si ita est, fatendum est saltem hac parte speciem huius loci ad superiorem definitionem referri. Sed non est metuendum, ne hic definitio adversetur, cum plane in eandem sententiam hac parte Scævola respondeat: statuit enim pecunia intra Calendas non data, manere his casibus pœnam conventione constitutam, ut quamvis Titius postea pecuniam offerat, non possit tamen ex stipulatu agere.

7 † *Quod omne ad Iudicis cognitionem remittendum est.*) Omne dicit, non ut contineatur illud, quod respondit ex stipulatu agi posse; de quo cum ipse certo responderit, inepte id ad alterius cognitionem remitteret: sed ut intelligantur conditiones illæ, quas addiderat, *si non multo post Titius obtulisset, nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* An, inquam, non multo post obtulerit, et an mulieris nihil intersit, propter quæ dixit agi posse pecunia intra Calendas non numerata, id omne ad Iudicis cognitionem remittendum est. Quod adiecit, dum vult intelligi se de his ideo nihil definire, quia eorum decisio sit Iudicis, non Iurisconsulti. Sed cur non Iurisconsulti, ut de eo non debeat, aut non possit respondere? Intelligit nimirum, id quod res est, an quid horum factum sit, quæstionem facti esse, non iuris. Proinde quæstionem rei incertæ, quæ ob eandem caussam neque constitutione ulla, neque iuris auctorum definitione possit decidi, ut de huius generis quæstionibus scriptum est in L. *mora supr. de usur.* Nam an quid factum sit, necne, aut an in hac aut illa caussa porro sit futurum, nemo homo quantumvis prudens, aut consultus, ratione, aut intelligentia et cognitione ulla consequi potest. Et quidem illud constat in facto esse, an quidquam hic intersit Seiæ: cum possit fieri, ut intersit; possit etiam fieri, ut nihil intersit: quemadmodum et cum eius interest, potest alias pluris, alias minoris interesse. Id enim ita est, ut sunt ea, quibus illa caruit propter moram Titii: quæ interdum nulla sunt: et cum sunt aliqua, possunt alias plura esse, nonnunquam pauciora. L. *si quis ab alio*, *supr. de re iud.* L. *si quis stipulatus* 112. §. 1. *supr. eod.* Hinc regula iuris: quatenus cuiusque intersit, in facto non iure consistit. L. *quatenus*, *infr. de regul. iuris.* Nec vero minus illa quæstio facti est, eoque talis, ut de ea responderi à Scævola non potuerit, an Titius non multo post Calendas obtulerit, an secus. Si diceretur certum tempus, quo Titius post obtulisset, et quæreretur, an id tempus, quod intercessit, dici deberet longum, an modicum; quæstio esset iuris, quæ definitione temporis posset expediri. Nunc autem proponitur solum Titius interposito modico tempore pretium cum usuris obtulisse, et quæritur generaliter, an modico tempore interposito obtulerit, an longiore. Hæc quæstio, ut dixi, facti est, non iuris. Sic et in eo quod interest, quæstio esset iuris, si quæreretur, quid significetur hoc verbo. Unde et definitum id ad iuris auctoribus legimus. *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* L. *ait lex*, *in fi. et LL. seqq. supr. ad leg. Aq.* At illa facti est quæstio, an intersit, de quo hic agitur. Cur ergo utriusque facti quæstio, ad Iudicem potius remittenda est. † Quia Iudex, qui munere iudicandi 8
publico fungitur, in controversia facti sic aditur a litigatoribus, ut prius cognoscat de facto, id est, an quod factum dicitur, factum sit, necne, sic deinde caussa cognita de eo pro potestate statuat: de facto autem ex idoneis probationibus cognosci, et de cognito recte statui potest. Non sic Iurisconsultus: qui quia nulla præditus est iudicandi potestate, ut non ita aditur, ut de re controversa quidquam statuat in-

ter

ter litigantes, quod eos teneat, sic nec eius cognitioni res subiicitur, ex quo deinde sententiam eius recte consequi oporteat. Ideo non consulitur de quæstione facti, quæ nisi caussa cognita et pro potestate decidi potest: sed ut supposito facto, secundum ea quæ proponuntur, de iure respondeat, atque hoc modo habeat consultor de iure suo, quod sequatur, ne frustra litem mo-
9 veat, aut suscipiat. † In hac autem cognitione hoc erit officium Iudicis, ut iubeat sibi fidem fieri earum rerum, quæ in quæstionem vocantur, ab iis, quibus earum rerum probatio iure incumbit. Ita cum Seia ad defensionem sua interesse dicat, non Titius; illa probare debebit sua interesse, etiam si sit rea, cum qua ex stipulatu agitur, non Titius illius nihil interesse. Titius autem actor cum dicat se non multo post obtulisse, idque ad intentionem fundandam necesse sit ipsum dicere; etiam huius rei probatio ab illo exigetur. Utrumque iuxta regulas iuris, quibus constitutum est, ei incumbere probationem, qui dicit, non ei qui negat, et maxime actori. *L.* 2. *L. verius, supr. de probat. L. actor, Cod. eod.* et reum in exceptione, omnique obligatione ad liberationem comparata partibus actoris fungi oportere. *L. in exceptio-*
10 *nibus, supr. de prob. L.* 1. *Cod. eod.* † Quid ergo, si de certo tempore Titius dixerit, quo pecuniam obtulit post Calendas, et quæratur hoc solum, sitne id modicum, an longius tempus; quid hic statuet bonus Iudex, quid Iurisconsultus? nam hæc iuris quæstio esse incipit, ut pote in qua non quæratur, an quid factum sit illo aut illo tempore; sed id tempus quod interpositum esse constat, quale debeat iudicari, modicum an secus. Et cum edictum de constituta pecunia sic acceptum esset, quasi eo daretur actio de pecunia sine die constituta non statim, sed post modicum tempus: id modicum tempus sic etiam in eo acceperunt veteres, ut esset non minus, quam decem dierum, post quod exactio celebretur. *L. promissor*, 1. *supr. de pec. const.* Cum in specie proposita non solum nominetur itidem modicum tempus, sed etiam id quod sit ad pecuniam nondum debitam expediendam, ut illic; nihil caussæ dici potest, cur non et hic modicum tempus eodem modo interpretemur, videaturque Titius non multo post Calendas pretium reliquum obtulisse, si intra decem dies obtulit Seiæ ibi modicum tempus ad solvendum accipi id, quod iudicatis datur, ut in *L. si debitori, supr. de iud.* ubi cum ageretur de eo, qui confitetur in iure se debere, et petit diem sibi dari ad solvendum, respondetur audiendum esse, et modicum tempus ei dandum, *modicum autem tempus hic intelligendum esse, quod post condemnationem reis indultum est.* Sed expendendum est, quod adiicitur nominatim id fieri *hic*, idest in ea caussa, de qua illic agitur. Quo declaratur non tam id definiri ex verbi significatione, quam ex legis sententia, quæ de iudicatis constituta est. Confessi enim in iure pro iudicatis habentur. L. 1. *supr. de cens. L. unica, C. eod.* Postulat igitur legis ratio, ut et his eadem dilatio detur ad solvendum, quæ iudicatis: præsertim cum in confessis nulla contumacia argui possit, quæ sæpe in iis est, qui litigare, quam fateri maluerunt. Illud quod in edicto de iure deliberandi dicitur esse in potestate ius dicentis, quod tempus det ad deliberandum heredi de hereditate deliberanti, quia Prætor pollicetur, si tempus ad deliberandum petet, se daturum, nec adiicit quantum. *L.* 1. *in fin. et L. seq. supra, de iur. delib.* Ex quo loco vult Accursius hanc controversiam de modico tempore dirimi: aperte nihil huc pertinet. Hic enim de uno; et designato tempore agitur, nempe de modico, intra quod oblatio fieri debuit: illic nullum certum tempus definit Prætor, quia vult de eo varie statui, prout hereditatis tenuitas aut magnitudo, negotiorum explicatio aut implicatio, conditio personarum et locorum distantia exigent. Et ideo interdum brevius tempus datur, et semel: interdum longius, et sæpius, *L.* 3. *et* 4. *supr. de iur. delib.*

† Sed quæcunque de hac specie constituerimus, an non videtur inutilis esse la- 11
bor quærere, an Titius mandator post Calendas pretium offerendo possit agere ex stipulatu, in eoque multa cavere, ut possit: cum omissa stipulatione videatur quandoque offerendo posse alia via hortos consequi non minus commode, quam consequeretur ex superiore stipulatione, si nulla secuta esset conventio? Nam qui mandavit hortos emi, habet mandati actionem, qua eos consequatur a Seia, et habet semper, quandocunque pretium et quod Seiæ abest, si offert. Cur non igitur potius ei consilium damus, ut omissa stipulatione, quæ ei nihil prodest propter conventionem, sine periculo mandati agat? Sed intelligendum est conventionem, quæ stipulationem in continenti secuta est: non minus mandati obligationem mutasse, quam stipulationem. Nam et mandati actio directa tacitam hanc conditionem habet, si mandator ei, qui mandatum exsecutus est, im-

pe-

pendia offerat, *L. si quis alicui*, §. *impendia, supr. mand. arg. in* L. *Iulianus*, §. *offerri*, *supr. de act. em.* Conventio autem secuta effecit, ut pretium hortorum de quibus agitur, intra Calendas Apriles tantum numerare Titius deberet, et hortos accipere. Proinde postea offerre non poterit, ut vel actionem ex stipulatu, vel mandati habeat. Nec ad rem pertinet, quod conventio post mandati obligationem interposita est ex intervallo: quandocunque enim interposita fuerit, semper constabit eam prodesse Seiæ ad exceptionem, ne pretium accipere cogatur post Calendas, ut supra dixi. Unde et hoc consequetur, ne et mandati agere liceat Titio conditione, sub qua Seia teneri voluit, non impleta. Nisi forte quis dicat conventionem superiorem ad stipulationem præcedentem solum referri debere, non ad obligationem mandati; tum quod subiecta est stipulationi in continenti, tum quod mandati obligatio nullam istiusmodi conditionem habet, si pretium, seu impendia a Seia facta ei offerantur, qualem stipulatio, quæ proponitur. Quod ut detur (nam de eo amplius deliberandum puto) potuit tamen in proposito alia ratione cessare mandati actio. Quid enim, si interposita sit stipulatio novandi animo? hic necesse fuerit sublata mandati actione aut Titium nullam actionem habere hortorum nomine, aut solam esse actionem ex stipulatu; de qua proinde quæri oporteat, an competat. Id cum in hac caussa accidere potuerit, neque supervacanee de actione ex stipulatu hic quæritur, neque frustra de ea Scævola respondit. Neque vero debuit, cum de sola hac consuleretur, de alia quam de hac respondere.

12 † Sed de sententia et ratione responsi plus satis. Tantum adiiciam, quod ab eius explicatione non alienum videatur. Quod enim supra diximus conventionem quæ hic stipulationem in continenti secuta est, non inesse stipulationi ad actionem, etsi potest in alium locum reiici commodius, ubi de genere eorum pactorum ex professo agitur, ut L. *in bonæ*, *C. de pact. et L. lecta*, *supr. si cer. pet.* quibus in locis de eo scripsimus: tamen ut sunt verba huius responsi quædam, in dubium a plerisque revocatur. Proinde non abs re erit etiam de his pauca dicere, vel ob hanc caussam, ne eorum verborum sententia non fugiat. Primum ponit Scævola, in continenti inter utrumque convenisse. An frustra addidit, *in continenti*? quod si non frustra, an id aliam vim habet, quam ut conventio insit stipulationi; proinde et valeat tanquam pars stipulationis, et actionem pariat? alioqui etsi multo post interposita esset conventio, idem iuris foret. Hic duo respondemus: Primum nihil prohibere, quominus hæc verba, *in continenti*, nihil ad ius conventionis pertineant, et hac ratione frustra sint addita. Deinde etsi addita fuerint non frustra; et conventio insit stipulationi; non tamen ideo effici conventionem ita valere, ut actionem pariat. † Si in responso suo 13
hæc verba addidisset Scævola; intelligeremus a prudente scriptore non frustra addi. Nunc cum in narratione facti ab illo posita sint, existimari potest ideo posita esse, quia ita acciderat, ut in continenti conveniret inter utrumque, itaque illi propositum factum erat: cæterum nihil retulisse ad ius conventionis, utrum in continenti convenisset, an ex intervallo. Alioqui quod posuit in eadem narratione Titium ante Calendas partem pretii obtulisse, sic accipiemus, quasi si nihil omnino obtulerit, intra Calendas, non possit ex stipulatu agere, quamvis statim post totum pretium cum usuris semel offerat: quod non ita est, ut apparet ex illis verbis, *An si nihilominus Lucius Titius Seiæ universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit.* Idem in *L. qui Romæ*, §. *Callimachus*, *supr.* quam multa in narratione facti posuit, quæ etsi ita facta non essent, nihilominus tamen idem iuris esset, quod illic respondit? Huius generis est illud, quod in eadem *L. qui Romæ*, §. *Coheredes*, scribit ad moram tutorum arguendam, eos sæpius testato esse conventos, quasi ad moram faciendam quidquam intersit, semel quis interpelletur, an sæpius. † Volo ta- 14
men hic conventionem non frustra esse subiectam in continenti, sed stipulationi inesse. Quod et verum puto: non tamen quia id colligatur ex hoc loco, sed quia generaliter traditum sit pacta in continenti facta inesse stipulationi. An ideo efficitur conventionem in stipulationem transire et parere actionem? Atqui illud inesse stipulationi non sic interpretatur Paulus in *L. lecta*, *vers. dicebam supr. si cert. pet.* de quo iam ante satis respondi. Nihil igitur hæc verba, *in continenti*, ad eam sententiam statuendam faciunt. Illud plus habet momenti ad eam rem, quod ipse non factum referens, sed de sententia sua respondens in extremo posuit, *nec mulieris quidquam propter eam moram interesset.* † Non est in Titio mo- 15
ra, ubi pecunia, de qua danda convenit, ab eo peti non potuit. *L. nulla*, *infr. de reg. iur. d. L. lecta*, illic, *sed cum sortis.* Hic moram in pecunia danda fecisse Titius di-

dicitur. Ab eo igitur pecunia peti potuit ex conventione. Hæc de mora; quæ vere mora sit, recte dicuntur: et in proposito quoque recte statui concederemus, si Scævola aperte Titium moram facere scriberet. Nunc autem ex eo solum, quod eam cessationem Titii, qua factum est, ut intra Calendas universam pecuniam solveret, moram vocat, non recte colligitur Titium iure fecisse moram, quasi ab eo pecunia peti possit. Nam et ipse L. *si pupillus*, *supr. eod.* bis pupilli moram nominat, cessationem pupilli in pecunia oblata accipienda: quem tamen postea ibidem ostendit iure moram non facere. Ut autem hic intelligatur verbo moræ non proprie eum usum esse, observandum est eum non simpliciter dixisse propter moram, quæ facta est; sed dixisse propter eam moram, ut circumscriptionem videlicet et demonstrationem adderet, qua declararet se non quamlibet moram intelligere, sed eam, quæ in hac specie facta proponitur. Hæc autem vere mora non est; quia non potuit peti pecunia ex nuda conventione. Aut, si hoc non est satis, quia, si superiore conventione id agitur, ut et post Calendas pecunia debeatur, consequens erit et post Calendas quandoque offerri potuisse, eoque et semper ex stipulatu agi posse: ut supra a me demonstratum est. Hoc autem aperte Scævola repudiat. Non ergo hic moram proprie nominat, sed abusive: ut nihil sit in hoc responso, quo illa sententia confirmetur, pacta in continenti facta stipulationi inesse ad actionem.

Ad §. Ea lege donatum.

Ea lege donatum sibi esse a Seia servum et traditum, ut ne ad fratrem eius aut filium, aut uxorem aut sacrum perveniret, scripsit: et hæc ita stipulante Seia spopondit Titius: qui post biennium heredes reliquit Seiam et fratrem, cui ne serviret, expressum erat. Quæritur, an Seia cum fratre et coherede ex stipulatu agere possit. Respondit, posse in id quod eius interest.

SUMMARIA

1. *Species huius* §.
2. *Stipulatio; ne dominus rem suam in certas personas transferendo alienet, an valeat.*
3. L. pen. supr. de pact. et L. ult. C. de pact. int. empt. *declaratur.*
4. *Pactio, ne in totum res alienatur, an utilis.*
5. *Stipulatio hac L. proposita, an, si fratre herede relicto servus hoc modo ad eum pervenerit, committatur*, et n. 14.
6. L. Ea lege. C. de condict. ob caus. *explicatur.*
7. L. ult. C. de reb. alien. non alienan. *declaratur.*
8. L. Si creditor, §. ult. supr. de distract. *pig. explicatur, eiusque lectio restituitur.*
9. *Manumissio contra legem in servi venditione dictam, cur non teneat.*
10. *Alienationis prohibitio quibus casibus irritam alienationem efficiat.*
11. *Alienatione servi prohibita, an singularis alienatio tantum, an vero et institutio et universitatis alienatio prohibita videatur.*
12. *Servus hac lege donatus, ne in totum alienatur, cum ita futurum donatarius cavit, non committitur stipulatio, si donatarius herede aliquo instituto decedat.*
13. *Alienationis duo genera summa.*
15. *Ad stipulationem in specie proposita committendam, sive res ex testamento, sive ab intestato ad eum, in quem alienari prohibita est, perveniat, nihil interest.*
16. *Stipulationis commissæ vis et effectus.*
17. *Interesse in præsenti casu qualiter æstimetur.*
18. *Donatrix in proposito adversus Titii fratrem an in solidum, an vero pro portione hereditaria experiatur.*

1 SEia Titio servum donavit ea lege, ne servus ad certas quasdam personas perveniret, in quibus et fratrem Titii nominatim complexa est. Adiectaque est stipulatio, qua se ita facturum stipulante Seia Titius spopondit. Non necessario id quidem, quoniam etsi nulla stipulatio intercessisset, satis ipsa per se firma esset conventio, quæ esset in traditione rei interposita. *L. legem. C. de pac. L. in traditionibus*, *supr. de pac.* Sed ita visum est contrahentibus conventionem in stipulatum deduci rei magis firmandæ caussa. Ne perveniret servus ad fratrem Titii, et alios: valet, ne alienaretur, et recederet a Titio ita, ut transiret in ius et dominium fratris Titii ac cæterorum, de quibus cautum est. *L. aliud est capere*, *infr. de verb. sig.* Ita in summa conventio et stipulatio est, ne servus donatus alienetur a donatario, non tamen in totum, sed ne ita, ut transferatur in certas quasdam personas, quæ nominatim exceptæ sunt. Titius moriens fratrem: de quo cautum erat, ne servus ad eum perveniret: heredem relinquit ex parte, et una Seiam donatricem ex altera parte. Qua ex re factum est, ut si alienatio servi superiore conventione non impediatur, servus ad eum perveniret, id est, fieret eius pro parte hereditario iure; servus enim donatus Titii fuit. Heres autem

tem ut in ius omne aliud defuncti, sic præcipue in dominium rerum singularum hereditariarum succedit. L. *heres in omne*, *supra*, *de acquir. her.* Quæsitum est, an Seia donatrix cum fratre Titii eodemque coherede ex stipulatu agere possit. Quæstio in eo est [1], an stipulatio hæc, ne dominus rem suam in certos quosdam transferendo alienet, valeat, et an eo facto quod propositum est, sit commissa. Nam neque ex inutili stipulatione potest agi, et nihil prodest stipulationem in faciendo positam esse utilem, nisi contra eam factum sit, ut ea commissa ex ea agi possit. §. *ult. Instit. eod* L. 4. §. *Cato*, *supr. eod.* Scævola respondet Seiam agere posse ex stipulatu in id, quod sua interest. Quo responso paucis tria complectitur. Illa quidem duo, de quibus dixi, tacite quidem, sed tamen non obscure significat, et stipulationem esse utilem; et eo facto Titii, quod proponitur, esse commissam. Tertium expressum est, teneri Titium in id, quod Seiæ interest. Et si autem credibile est, præcipue hic dubitatum fuisse, an stipulatio sit commissa, quod non dubitarent veteres, quin huiusmodi stipulationes de re a domino non alienanda, si quid stipulantis intersit, hactenus essent utiles: tamen etiam primum ac tertium hic vocatur in quæstionem: proinde et de singulis separatim
2 videbimus. † Statuit ergo ante omnia Scævola stipulationem hanc valere ne Titio servum in quosdam transferre liceat, et ita ne dominus hactenus rem suam alienet: nam servus donatus Seiæ esse desiit, et traditione effectus est, ut dixi, Titii §.
3 *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* † Hic opponitur *L. penult. supra*, *de pac.* ubi inter res tres, quæ illic pactione posse effici negantur, de hac prohibitione alienationis, de qua agimus, nominatim ita definitur, neminem paciscendo efficere posse, *ne invito vicino prædium suum alienet.* Quod omnes interpretes etiam doctissimi, quos quidem sciam, sic acceperunt quasi diceretur eiusmodi pactionem non valere. Quod dum faciunt, ab illis in hoc loco explicando ita varie laboratum esse mirum non est: fuit enim caussa, cur alii aliorum sententias non probarent. Et vero hoc sensu admisso nunquam rem liquido expediemus. Nam quod eam [2] definitionem cum hoc loco et similibus, in quibus huiusmodi conventiones recipiuntur, distinctione aliqua conciliare tentemus, nihil est. Definitio enim generaliter scripta est de pactione; ut nihil intersit, nuda sit pactio, an iusta; et ex iustis pactionibus utrum sit interposita in traditione rei nostræ, an non sit, dummodo in stipulatum sit deducta. Scipta est item generaliter de alienatione prohibita; ut nihil referat utrum id agatur, [3] ne dominus rem suam in totum alienet, an ne alienet in hos aut illos transferendo, in quos solos fortasse transferre voluit, aut commode potuit. Sed et illud generaliter dictum est, paciscendo effici non posse, ut intelligamus non posse effici etiam si maxime intersit vicini sibi conventis, ne id fiat. Nam dicere non posse id effici, quia non possit, si nihil intersit, ridiculum est: cum hac ratione dicere liceat paciscendo effici nihil posse, quidquid quis promittat. Hoc enim in promptu erit defendere hac eadem exceptione addita, si nihil intersit: quoniam ne in cæteris quidem rebus omnibus ulla pactio aut stipulatio valet, si stipulantis nihil interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *supra*, *eod.* Sic fit, ut nulla harum rerum distinctio superiori loco conveniat. Quam ut locus reciperet tamen nihil ageremus. Prius enim obtinendum esset, ut aliis etiam locis in speciem contrariis conveniret ea distinctio. Atqui ex aliis locis et certa ratione iuris, quod est de pactis, constat, quæcunque pactio erit, ne dominus rem suam alienet, si paciscentis interest (nam aliter nulla omnino pactio dandi aut faciendi valet) et ea est conventio, quæ aliis rebus promissis iure valere posset, eam in hoc quoque genere facti recipiendam esse sine exceptione, mox ostendam. Unde alii eiusmodi omnem distinctionem repudiantes locum illum contrarium esse fateri malunt: sed ne obsit eo confugiunt, ut emendatum dicant constitutione Iustiniani. *L. ult. Cod. de pac. int. empt. et vend. com.* in qua sententia est Eguinarius Baro in explicatione *d. L. pen. de pac.* et [4] alii nonnulli. Scilicet quia in *d. L. ult. C. de pac. int. empt.* Iu-

1) Intricata quæstio est, in qua nec noster, nec alii mihi satisfaciunt, nec ipse quoque mihi adhuc, ea quam hac de re animo concepi, opinione: quam ideo proferre differo.

2) Ut Gœd. ad *L.* 3. *de V. S. n.* 41. declarari *d. L. pen.* (non abrogari) in *L. ult. Cod. de pact. int. empt.* ut conveniat cum *L.* 48. *de pact.* et fere Pac. 2. *Q.* 11.

3) Ut Hotoman. ad *d. L. pen.* Paul. Busius *ibid.* Hotom. tamen hoc amplius hodie, post *d. L. ult.* indistincte pactum huiusmodi valere, etsi nihil intersit. Quod omnino non probandum. Nam nec testatoris nudum de non alienando præceptum valet, si is æque nulla caussa moveatur *supr. Lib.* 8. *Civil. Commentar. Cap.* 28. *n.* 3.

4) Cuiac. *ibid.* Hot. *ibid. et* 9. *Obs.* 5. Mercer. in *Conciliatore pag.* 741. quod et reprobat, Gœd. ad *d. L.* 3. *pr. de V. S. n.* 41. quia dum Iustinian. in *d. L. ult.* dicit dubitatum fuisse a veteribus ad *d. L. pen.* non respicit, quæ sine omni dubio a ICto profertur.

Iustinianus constituit adversus dubitationem veterum, ut hæ conventiones ratæ sint, quibus in venditionis aut alienationis alterius contractu convenit, ne novo domino liceat in loco alienato monumentum exstruere, aut alio modo iuri humano eum eximere, puta dedicando. Atqui de his tantum conventionibus Iustinianus cavet; nihil etiam de eo, cum convenit ne domino liceat re in commerciis hominum manente eam alienare: de quo non quæritur. Id vero certo argumento esse debet aut de hac conventione dubitatum non esse a veteribus, quin valeret, ut proinde emendatione hic opus non fuerit; aut si obtinebat antea hanc non valere, voluisse quoque Iustinianum idem ius etiam nunc manere in hac specie, quia nominatim non mutavit: semper enim in emendatione iuris veteris hæc regula tenenda est, quæ traditur in *L. præcipimus, in fi. C. de app.* quidquid lege iuri veteri derogante specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum debere intelligi. Sed et illud apparet ex verbis *d. L. ult.* admitti ea lege superiores duas conventiones tunc solum, cum in ipso contractu venditionis aut alienationis sunt interpositæ. Quapropter si hæc conventio, ne dominus rem suam alienet, improbata est a veteribus, in eamque sententiam accipitur *d. L. pen. supr. de pact.* et nunc eadem conventio non alia lege confirmatur, quam illa superiore Iustiniani: fateri cogemur etiam nunc post illam legem conventionem eiusmodi esse inutilem, cum in contractu alienationis rei nostræ interposita non fuerit, etiam si maxime fuerit deducta in stipulationem. Quod falsum est his etiam assentientibus, qui *d. L. penul. de pac.* Iustiniani constitutione emendari putant. Sic fit, ut admissa superiore illa interpretatione, quæ vulgo recepta est, quasi dicatur in *d. L. penul. supra, de pac.* omnem hanc conventionem, ne domino rem suam alienare liceat, esse inutilem; res omnino exitum non reperiat: quoniam neque ea sententia conciliari cum aliis locis possit, et tamen quia aliis locis non emendatur, eam manere oporteat: certe nihil sit caussæ, cur potius ille locus ex aliis, quam ex illo alii mutari debeant. Enimvero cur laboramus, et nos coniicimus in non necessariam difficultatem vitandæ obiectionis, quæ in re nulla est? Verba *d. L. pen. supr. de pact.* paulo attentius expendantur. Verba ita sunt; *nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito prædium suum alienet.* Non dicit Pomponius, neminem pacisci posse, ne prædium suum alienet; quod si faceret, conventionem esse inutilem intelligeremus: quia iure vetante non posset valere. *L. non dubium, C. de legi.* Sed dicit neminem posse hoc efficere, ne alienet, seu ut prius locutus erat, ne id sibi alienare liceat. Hæc oratio non est de utilitate aut inutilitate conventionis, sed de effectu. Itaque aperte significat non conventionem esse inutilem, ut prius illud, sed non ita valere, ut hoc efficiat, ne domino prædium suum alienare liceat: quod et verum est. Potest enim alienare nihilominus, si velit, nec conventio quidquam obstabit. Idque ipsum hoc loco statui omnes concedunt, de quo postea. Neque tamen eo minus verum est conventionem esse utilem, si nihil aliud impediat. Nam si promissor rem suam alienaverit contra conventionem; aut erit adversus eum condictio rei ob caussam datæ caussa non secuta; *L. ea lege, C. de cont. ob caus.* aut ex iusta conventione seu stipulatione agetur in id quod interest: quorum utrumque et nos hoc loco confirmamus, tantum abest, ut superior definitio quidquam dissentiat. Recte igitur donatur quid ea lege, ne alienetur; et quamvis qui accipit, dominus fiat, conventio tamen utilis est, multoque magis eo nomine interposita stipulatio, ut hoc loco. Sed enim hic convenit, ne servus donatus ad certas tantum personas perveniret, non ut ne in totum alienare eum liceret. † Quid ergo, si res data sit ea lege, ne in totum alienaretur? Non minus rata est conventio, ut diserte confirmatur in *d. L. ea lege, C. de cond. ob causs.* Et cur non valeat pactio, quæ fit de re privata et familiari? cuius generis conventiones iustas esse scimus. *L. iurisgentium, §. si paciscar, supr. de pact.* Nam quod quidam metuere videntur, ne huiusmodi conventione impediatur rei commercium, quod illi incivile nec ferendum in libero homine putant, cur nos moveat, nihil est. Non enim facit ea conventio, quominus libere possit res alienari, ut supra diximus. Solum hæc obligatio est, ut si promissor rem alienarit, aut eam restituere debeat condictione, aut præscriptis verbis actione, vel ex stipulatu condemnari in id, quod adversarii interest. *L. legem, C. de don.* quorum in utroque æquissimum est conventionem illi servari ex edicto Prætoris. L. 1. *supr. de pact.* et maxime si in traditione rei suæ eam interposuerit, ut hic factum est: ne decipiatur alienator, cui licere debuit rei suæ, quam velit legem dicere. *L. in traditionibus supr. de pac.* quique non aliter ius suum trans-

4

transferri passus esset, quam si ea lege, quæ dicta est, res esset accepta: quæ optima ratio est huius pactionis et similium confirmandarum caussa reddita a Iustiniano in *d. L. ult. C. de pac. int. empt.* Et hoc quidam facilius admittendum putant, cum in traditione rei nostræ eiusmodi generalis conventio, ne res omnino alienetur, interposita est, ut est species *d. L. ea lege, C. de cond. ob. cau.* At si [5] cum eo, qui dominus sit alicuius rei, nunc primum paciscar, ne eam rem alienet, quamvis id stipulante me futurum spondeat; negant tamen stipulationem valere. Quod si quis roget, cur ex conventione in traditione rei interposita velint actionem esse potius, quam ex stipulatione, cum non minus Iure Civili valeat stipulatio ad agendum quam superior conventio, sed pariter utraque actionem pariat: *§. de constituta, Inst. de act. L. divisionis, supr. de pac.* respondent, in contractibus quemadmodum in testamentis ferendam esse alienationis prohibitionem, quæ caussam habeat: eam autem quæ sine caussa fiat, non esse recipiendam, quoniam nec in testamentis admitteretur. *L. filiusfamil. §. Divi 2. sup. de leg. 1.* Porro cum res datur ea lege, ne alienetur, hic conventionem habere caussam: cum autem de re a nobis non tradita idem stipulamur, secus esse. Sed nihil est, quod dubitemus æque hanc stipulationem admittere, atque conventionem eandem, quæ interposita sit in traditione rei nostræ. Cur enim admittitur hæc conventio, nisi quia id fieri nostra interest? nam aliter sit inutilis. *L. ult. C. de pac. int. empt. et ven.* Quod si ex stipulatione æque intersit idem nobis præstari, cur ob eandem caussam stipulatio non valeat, cuius ad firmandam obligationem Iure Civili præcipuam vim esse constat? *Inst. eod. in pr. d. §. de constituta, Inst. de act.* Nam quod dicunt non esse admittendam in contractibus alienationis prohibitionem, cuius nulla caussa sit, verissime dici puto: est enim absurdum plus licere contrahentibus, quam licet testatori, cuius maxime præter cæteros voluntatem ratam esse leges iubent. *L. verbis, infr. de verb. sign. L. 1. C. de sac. eccl.* Sed non recte iudicio meo, quod volunt sine caussa fieri eam stipulationem, qua de re a nobis non tradita stipulemur eam non alienari. Una omnibus stipulationibus maxime idonea caussa proposita est, propter quam et stipulationes inventæ sunt, ut acquirat sibi quisque, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, supr.* Proinde in qua stipulatione idem stipulanti propositum est, ne eam sine caussa esse dixerimus. Neque vero aliter huiusmodi conventionem omnem, aut stipulationem admittimus, quam si stipulantis intersit rem non alienari. Unde et hic stipulationem in id tantum quod interest, committi dicimus. At enim non interponitur hic stipulatio ob caussam, ut interponitur conventio tum, cum res datur ea lege ne alienetur. Pace virorum doctissimorum dictum sit, cum res datur ista lege et conventione, id est, ob eam caussam, non conventio hanc caussam habet, sed datio. Non enim convenit, ne res alienetur ob caussam, ut quid sequatur postea; sed datur res ob hanc caussam, ne alienetur. Itaque si eam caussam hic spectamus, qua non secuta datur condictio; erramus, si eam conventionis caussam esse putamus, non autem dationis. Sed nihilominus et hæc conventio suam caussam habet, verum cum stipulatione communem: quippe utrique finis idem propositus est, ut fiat quod paciscentis interest, quod ni intersit eius servari, frustra utrumque caveatur. Expeditum est igitur valere stipulationem propositam, qua cautum est, ne servus donatus sic alienetur a Titio, ut ad fratrem et alios quosdam perveniret: postquam ita valeret, etsi convenisset in totum, ne servus alienaretur, et is iam olim Titii esset, non a Seia id stipulante profectus.
† Non est satis ut dixi, stipulatio- 5
nem valere, ut ex ea agi possit, nisi et commissa sit ob id, quod Titius fratrem suum heredem reliquit ex parte. Itaque cum dicat Scævola post id factum agi posse ex stipulatu, declarat, ut proposui, etiam stipulationem hoc facto esse commissam. Habet et hæc pars suam dubitationem, de qua secundo loco nobis cognoscendum est. Est autem huiusmodi. Sic enim superiore facto committitur stipulatio, si contra conventionem factum sit. *L. quidam, vers. respondi supr. eod.* ac fit contra conventionem, si duo concurrant. Unum, si fratre herede relicto servus hoc modo ad eum pervenerit, id est, hoc modo eius ita effectus sit, ut esset mansurus *d. L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Alterum, si et de hoc genere alienationis sensum sit a contrahentibus. Quare qui commissam esse vult eo facto stipulationem, ut ex ea agi

5) Ita Rob. 3. *Sent.* 24. eum qui iam dominus est non posse pacto sibi adimere alienandi potestatem, ne ei libera dispositio auferatur *d. L. pen.* Sed in venditione id sibi iuris venditorem retinere posse *d. L. ultim.* quamvis illi utile non sit futurum (quod non puto) cum liceat cuivis in rei suæ venditione legem, quam vult dicere.

agi possit, simul horum utrumque statuere intelligitur, etiam eo facto alienatum esse servum, atque ita fieri, quod supra dixi de effectu huius conventionis: non effecisse videlicet eam quominus translato servo procederet alienatio, et præterea de hac ipsa specie alienationis, quæ proponitur, stipulatione actum esse. Ex his rebus incidit hæc quoque pars in difficultatem. Ac de priore multa occurrunt, quibus probari videtur, cum quid datur; et maxime cum donatur hac lege, ne alienetur, id alienari non posse contra conventionem, quæ ordine diluemus. Primum occurrit generale illud, quod de pactis constitutum est edicto Prætoris, pacta esse servanda. L. 1. L. *iuris gentium*, §. *ait Prætor*, *supra de pac.* Quod ius tunc præcipue valet cum pactum interpositum est in traditione rei nostræ: *L. in traditionibus*, *supra eod.* quale est hoc, de quo nunc agitur. Quæritur igitur, cur non et id pactum valeat. Nempe quia pacta servantur edicto Prætoris hactenus, dum ne sint contra ius *d. L. iuris*, §. *ait*, *L. contra*, *supr. de pac. L. pacta*, *quæ contra*, *C. eod.* Sic autem statui debet hoc [6] pactum, ne domino liceat rem suam alienare, neve iuri humano eximere, quatenus id agitur, ne alienatio aut exemptio exitum habeat, contra ius et naturam esse: quippe hoc dominii proprium est, posse quem de re statuere ut velit, nisi si iure ipso prohibeatur. *L. in re mandata*, *C. man. Inst. quib. al. lic. vel non in pr.* Ut consequens sit, si conveniat, ne dominus rem suam in aliquem transferendo alienet, perinde esse, ac si convenerit, ut qui dominus est, ne sit dominus: quod natura non patitur. Hinc est videlicet illud, quod in *L. pen. de pac.* definitum esse supra diximus, neminem paciscendo efficere posse, ne sibi rem suam dedicare, religiosam facere, aut alienare liceat: quod quam recte dictum sit isto sensu, apparet. Sed quæ conventio ad hunc modum servari non potest, quia iuri refragatur: eo modo servabitur, quo potest, ne sit inutilis *L. quoties in supr. eod.* Proinde alienante novo domino procedet quidem alienatio, sed non impune: sarcietur enim damnum adversario constituta actione in id quod interest, ut hic responsum est. Sed tamen et in specie huius conventionis multi loci videntur dissentire. Hi autem tres obiiciuntur. *L. ea*
lege, *C. de cond. ob caus. L. ult. C. de reb. al. non al. L. si creditor*, §. *ult. supr. de dist. pig.* † Et in *L. ea lege*, hæc verba 6
sunt; *ea lege in vos collata donatio*, *ut neutri alienandæ suæ portionis facultas ulla competeret*, *id efficit*, *ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet.* Quæ verba dedita opera ita scripta esse videntur, ut constituerent Imperatores sententiam superiori illi contrariam, qua Pomponius negabat pacto effici posse, ne dominus prædium suum alienet. *d. L. pen. de pac.* Itaque si, ut volumus, his verbis hoc significat Pomponius, non posse hoc pacto effici quin liceat domino prædium suum alienare, et eo transferente procedat alienatio: consequens est, cum contrarium eo pacto effici dicunt Imperatores, hoc intelligi debere, etiam pacto inhiberi effectum alienationis. Et omnino id ita acciperemus, si absolute id et solum de effectu huius conventionis scripsissent Imperatores. Nunc autem non hic subsistunt; sed continenter adiiciunt disiunctivam, quæ priorum sententiam interpretetur: *vel*, inquiunt, *ut donatori*, *vel eius heredi condictio*, *si non fuerit conditio servata*, *quæratur.* Hac adiectione declarant se hoc sentire, superiorem conventionem non efficere absolute, ne res hoc pacto donata alienetur, sed ne alienetur ita, quin donator heresve eius teneatur condictione ob caussam dati re non secuta: ut sit sensus, conventionem efficere alterutrum, vel ut ne donatarius voluntate suam rem alienet, ut potest; vel ut si alienabit, teneatur condictione. Quod dicunt, *si conditio non fuerit servata*, evidenter ostendunt, posse eam non servari; ideo et rem alienari posse: quoniam hæc erat lex et conditio donationis, ut ne res alienetur: quæ non servatur tunc, cum alienatio rei sequitur. Quinimo quod donatori condictionem ex hac petitione quæri posse dicunt, ut nihil adiicerent aliud, satis est, ut intelligatur alienationem rei donatæ præcessisse: non enim condictio esset nisi caussa non secuta: ac tunc solum non sequitur in hac specie, cum res cum effectu alienatur. Quare vel unus hic locus confirmat maxime, quod hic statui dicimus, re hac conditione donata ne alienetur, nihilominus posse contra conventionem a novo domino alienari. † In *L. ult. C. de reb.* 7
ali non al. inter cætera Iustinianus cavet,

6) Nunquam vero hoc mihi persuadebitur pactum tale naturæ dominii adversari. Sic certe nec a testatore prohibitio alienationis fieri posset. Taceo reliqua. Videri hac de quæstione possunt præter NN. præcedd. DD. nominatos, Vaud. et Tiraq. *locis sup. Civil. Comment. Lib.* 9. *Cap.* 10. *N.* 1. *citatis*, qui in eo nostro consentiunt quod alienationem per pactum non impediri contendunt. et Gomez. in *L. Tauri* 40. *n* 14. *et seqq.* Pronch. 1. *Ax.* 36 Niell. *Disput. feud.* 3. *Th.* 4. *lit. D.* Got. ad *L.* 3. *C. de condict. ob ca. lit. K.*

si pactio contrahentium hoc admiserit, ne res alienetur, et *dominii alienationem, et mancipiorum manumissionem non solum prohibendam*, quibus verbis primo utitur: sed etiam, ut paulo post subiicit, *penitus prohiberi*. Idque ipsum se sancire dicit, ut intelligatur non conventione tantum, sed etiam iure prohiberi. Sed neque his verbis, neque eius loci sententia efficitur huiusmodi conventionem obstare alienationi. Alienatio prohibetur, inquit, et quidem penitus. Aliud est prohiberi, aliud impediri. Prohibetur omnino verbis, et conventione paciscentium, dum id agitur, ne res penitus alienetur: neque id inutiliter, cum ex ea conventione sit actio adversus eum, qui alienavit: in quo etiam ius conventionem confirmat: sed non prohibetur eo usque, ut impediatur: quoniam id conventio efficere non potest. Nisi quis dicat non recte dici prohiberi alienationem, ubi nihilominus liceat alienare. Quod non ita esse manifeste confirmat *L. ea lege*, de qua supra dictum est. Quod enim in principio scribitur superiore conventione effici, ne dominium prorsus alienetur, valet id quod nunc dicimus, conventionem, ne res alienetur, penitus id prohibere, et amplius quiddam: nihilominus tamen statim adiicitur, si res alienata sit, condictionem dari. Fit quidem interdum, ut prohibita alienatio, hoc ipso quod prohibita est, impediatur: quod accidit, cum lex prohibet rem alienari, ut in lege Iulia de fundo dotali; aut cum testator idem fieri vetat in re legata. Sed hoc non potestate verbi contingit, sed constituentium auctoritate, de quo paulo post. Ut autem certius statuatur his verbis, conventionem efficere, seu prohibere, ne res omnino alienetur, non significari rem alienari non posse; spectemus id, quod de stipulatione dandi scriptum est in *L. ubi*, §. *ult. supr. eod.* sic enim scriptum est, hanc stipulationem, *fundum Tusculanum dari*, continere ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquomodo. Id cum dicitur, etiam hoc dicitur omnimodo ea stipulatione contineri, ne promissor fundum alienet, si habet: quoniam si alienat, qui eo facto dominus esse desiit, eum amplius dare non potest. *L. traditio*, *supr. de acq. rer. dom.* Et tamen nemo dubitat, quin dominus possit rem suam alienare, de qua transferenda caverit *L. quoties*, *C. de rei vind. L. qui tibi*, *C. de her. vel ac. ven.* Quod est igitur, quod dicitur eum promissorem omnimodo fundum dare debere? nempe hoc dici intelligitur, debere eum dare secundum verba stipulationis, et ob hanc ipsam caussam prohiberi alienare; sed cum adiuncto, nisi velit teneri, et condemnari in rei æstimationem, omnemque caussam, quæ litis contestationem secuta erit. Hæc de verbis Iustiniani in *d. L. ult. de reb. al.* Quod ad sententiam eius loci attinet, hæc manifesta est. Apparet eum definire velle, quid contineatur verbo *alienationis*: cum dicat ea prohibita, prohiberi non tantum alienationem totius rei, sed etiam partis cuiuslibet, veluti ususfructus: nec tantum directam alienationem, sed etiam id omne, per quod alienatio consequatur, ut hypothecæ vel pignoris dationem. Hoc proposito Iustiniani animadverso, licet intelligere præter eam definitionem nihil ex ea constitutione colligi debere; quia sit præter propositum auctoris, id est, præter sententiam. † Plus est 8
difficultatis in explicatione *L. si creditor*, §. *ult. supr. de dist. pig.* ubi proponitur pactum esse a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus. Quæritur, an talis pactio nulla sit, quasi contra ius posita, ideoque venire res possit. Et, ut est scriptura Pand. Florentinarum, respondetur *nullam esse venditionem*, *ut pactioni stetur*. Si recipitur hæc lectio, ut vulgo recipitur etiam a doctis interpretibus, non video, quomodo non plane adversetur ea sententia superioribus. Nam si hac pactione efficitur ne venditio ipsa rei sola valeat, ubi res non alienatur (traditionibus enim, non pactis, aut ullis contractibus dominia rerum transferuntur; ac de venditione quidem. *L. traditionibus*, *C. de pac. L. quoties*, *C. de rei vind.*) multo magis hoc effici potest paciscendo, ne res alienetur, et si traditio postea secuta fuerit, tamen nulla sit alienatio, quod negamus. Quo enim quidque constituitur difficilius, et magis nocet creditori, eo æquum est facilius et citius impediri ne noceat. Parum autem ad hæc concilianda facit: quod [7] dicunt superiorem conventionem de re pi-

7.) Goth. in *not. ad d. L.* 7. §. *ultim.* Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 152. *et seq.* regulariter ratam esse alienationem non obstante pacto: Secus si adiiciatur contractui pignoris, quia tunc venditio ipso iure irrita, inquit, propter reservationem iuris realis in bonis debitoris. Hinc Gomez. in *L. Tauri* 40. *n.* 18. cautionem hanc tradit, ut ipso iure impediatur alienatio, si pactum hoc tradendo rem suam adiiciens sibi ius hypothecæ in illa re, ratione huius conventionis, servet. Sane certa mihi de tota hac quæstione ut antea dixi, nondum stat sententia: certum tamen est, quo ad *d. L.* 7. §. *ultim.* potius horum expositioni assentiri, quam cum nostro et Niell. *d. Thes.* 4. *lit. D.* conversis vocibus sententiam pervertere.

pignori data interpositam esse. Quasi in hoc genere rerum diversum ius sit a cæteris, cum de earum non dico alienatione, sed venditione agitur: quid enim ad impediendam rei venditionem valet pignoris obligatio? Etiam alienæ rei venditio consistit. *L. rem alienam*, *supr. de distr. pig.* multo magis si quis vendat suam, quamvis obligatam pignori, consistet. Nam hoc ipso plus iuris habet dominus in re, quod dominus est, quam extraneus, qui in ea re nihil plane iuris habere intelligitur. Quod si non potest pacto effici, ne mihi liceat rem alienam distrahere, ubi ea distractione nihil domino rei noceo: quanto minus poterit effici, ne liceat mihi vendere rem meam pignori obligatam, ubi ea venditione nihilo plus detrahitur creditoris obligationi? Ego vero non dubito, quin [8] vitiosa sit lectio Florentina. Erratum autem sit in transpositione verborum (in quo facile fuit errorem obrepere vel excipienti, vel describenti) ut, cum ita scriptum sit, *nullam* esse *venditionem*, ut *pactioni stetur*, legendum sit conversis verbis, *nullam* esse *pactionem*, *ut venditioni stetur*. Primum ita scribi debuisse, et vero a bono auctore ita scriptum esse, satis quæstio illic proposita, et lex rectæ responsionis nos admonent. Posita erat quæstio non de venditione, an nulla esset, sed de pactione, an nulla esset talis. De venditione quidem quæsitum erat, sed non ita, an nulla esset, verum an venire res posset. Convenit non ineptæ responsioni de his ita respondere, ut propositum est. Ac secundum hoc ita omnino dicendum fuit, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur, id est, ut res venire possit: quo scilicet ordine, et quibus verbis de utroque quæsitum fuerat. Sed parum nos moverit convenientia responsionis, nisi manifesti iuris ratio utramque hanc sententiam exigit. Dico igitur venditionem hic valere. Perficitur namque emptio et venditio consensu; cum de re certa tradenda, et pretio eius rei inter aliquos convenit. *Inst. de empt. et vend. L. 1. supr. de rer. permut.* Et parum refert, sit ne res venditoris, an aliena, cum et rem alienam distrahere liceat. *d. L. rem alienam*, *de cont. em.* ut multo minus referat, sit ne res nostra, quæ venditur, pignori obligata, an non sit. Non facit autem superior conventio, quominus debitor de re sua, quæ pignori sit, vendenda possit cum emptore consentire. Proinde cum id fecerit, venditio iure erit perfecta. Sed dicetur fortasse non impedire pactionem superiorem, quominus debitor de re vendenda conveniat cum alio; at quominus is consensus valeat, et debitorem obliget, id vero posse effici ea pactione. Imo ut venditionem valere dixi, ita et pactionem illam, ne debitori pignus vendere liceat, nullam esse contendo, et quod Marcianus in quæstione proponenda pro ratione dubitandi posuit, ut diceret, an nulla sit pactio talis, quasi contra ius sit posita, id eum etiam in responso sentire, intelligo, nullam esse nimirum pactionem, quia in totum sit contra ius. Certe talem esse perspicue demonstrari potest. Nam si id agitur pactione, ne debitor consentiat cum alio de re vendenda, pactio naturæ aperte adversatur; cum id agat, ne fiat, quod quamvis emptores omnes, atque adeo leges omnes prohibeant, natura tamen fieri posse constat, et quidem ita, ut cum factum fuerit, non possit natura infectum reddi. Quod si id agitur, ut quamvis debitor consensu pignus alicui vendiderit, tamen emptori non obligetur: conventio est contra ius manifestum: fieri enim potest, ne quis de re sua certo pretio alicui tradenda conveniat. At illud non potest, quin qui id fecit, iure ex vendito obligetur, si modo [9] et res sit, quæ vendi possit, et venditor is, cui eius rei commercium aut suarum rerum administratio non sit interdicta. *L. 2. supr. prox. tit. Inst. de ob. ex cons.* Venditio enim caussa est, quæ perficitur illo consensu, quem dixi. Hac caussa posita, etiam effectum, id est, obligationem sequi necesse est. Est et hac ratione pactio contra ius, quia eo refertur, ne acquiratur alteri actio ex suo contractu. Hactenus autem quæque pactio minuendi iuris caussa interposita servanda est, dum de suo iure quis paciscatur: alterius autem de-

8) Quam et ita deprehendit Bart. cum eam ob caussam Pisas mitteret, vid. A. Aug. 4. *Emend. ult. p.* 214.

9) Argumentum hoc solutu facile. Nam si in verbis *si res vendi potest*, intelliguntur res quæ commercio non sunt exemptæ, et in verbis *nec administratio interdicta*, illi innuuntur, quibus ob personæ conditionem dispositio rerum suarum non conceditur, apertum sit insufficientem esse partium enumerationem. Sin vel per *res*, omnes quæ quacunque ex caussa transferri nequeunt, vel per *administrationem*, quæ quacunque ratione in totum vel unius rei generali vel speciali ratione inhibetur, accipitur: inter eas autem caussas conventio pignoris contractui adiecta esse negatur; evidens inest principii petitio, dum hoc ipsum asseritur in argumento, quod controvertitur et in conclusione inferendum. Nec concinne dicitur sic detrahi iuri tertio quæsito. Nam non ponitur venditio præcessisse pactionem, sed subsequuta est. Concinnius retorquetur: nulla est venditio, ne facto ementis ius anterius pactione creditori paratum auferatur. Denique omnino interest etsi ad traditionem nondum ventum, quia facile veniri potest, ne cogatur multis molestiis impedire ac cavere ne fiat traditio. Præstat ius ab initio servari integrum *L. ult. C. In quib. Ca. in int. rest.*

detrahere obligationi, et eius conditionem facere deteriorem paciscendo non licet. L. *pactum*, *in fin.* L. *si unus*, §. *pacta*, *ver. ante omnia*, *supr. de pac. L. solvendo*, *supr. de neg. gest.* Sed maxime illa ratione contra ius est, quia creditoris nihil interest pignus non vendi, si res non progrediatur ultra venditionem, de qua sola nunc agitur. Esto enim, intersit creditoris pignus non alienari (quanquam ne hoc quidem verum est, cum re distracta semper maneat creditori integrum ius pignoris. L. *distractis*, *C. de pigno.*) demus tamen interesse eius rem ad alios possessores non transferri: At illud certe ei nihil nocet pignus esse distractum alii a debitore, quandiu pignus apud debitorem manet. Obligatur enim eo contractu solus debitor, non creditor: nec in emptorem quidquam iuris in rem venditam eo facto transfertur: tantum abest, ut ea re minuatur ulla ex parte ius creditoris. Quinimo et post venditionem, si sola intervenit, necdum tradita possessio est, idem adhuc possessor manet, qui prius fuerat: ut dici non possit eam venditionem ulla ex parte creditori esse damnosam. Frustra igitur et contra ius paciscitur ne debitori hoc modo rem, quæ pignori, sit, distrahere liceat. Eo enim spectant conventiones omnes, ut acquirat sibi quisque quod sua interest, nec alia lege recipiuntur iure, quam si paciscentis intersit. L. *stipulatio ista*, §. *alteri*, *supr. eod. arg. in L. ex conventione*, *C. de pac.* Præter hæc opponuntur superiori sententiæ exempla quædam prohibitæ manumissionis, et alienationis; eiusmodi illa quidem, ut in his et prohibitio valeat, et inhibeatur iure effectus manumissionis, et alienationis: sed cum versentur in alio genere rerum, et personarum, minus eam sententiam offendunt. Et tamen quia similia esse videntur, nobis attingenda sunt, ut dissimilitudo explicetur.

9 † Si servus ea lege venditus sit, ne manumittatur, placet ita valere conventionem, ut quamvis manumittatur, tamen ad libertatem pervenire non possit. *L. pen. C. si man. ita fu. al.* L. *servus*, 9. *supr. de man. L. ille servus*, *in fine*, *supr. qui et a quib.* Non multum interesse videtur, ut adversus dominii naturam intelligatur quid fieri, utrum domino conventione adimatur manumittendi ius, an alienandi, cum utrumque dominii iure in servo suo facere liceat; quod et verum est. Ut dicendum sit, si hic conventionem et dominii novi ius tantum spectamus, non magis adversus id quod dominii proprium est, paciscendo effici posse, ne dominus servum manumittat, quam effici potest, ne alienet. Sed in manumissione servi a domino prohibita singulare ius est, ut prohibitio rata sit, et tanquam conditione personæ iniuncta non possit unquam servus nancisci libertatem. Ius constitutum ad confirmandam magis dominorum potestatem in servos, quam Romani summam et illibatam esse voluerunt. *L. 2. supr. de iis qui sunt sui*, *vel al. iur.* Quod et superiore iure consequuntur: sin enim metu pœnæ discent servi continere se in officio, et non offendere dominos, ac tale aliquid in se admittere, ut superiore pœna adiecta a dominis alienentur. Nulla pœna est in eo, ne servus venditus alienetur. Quod si venditoris forte aut donatoris interest eum non alienari, dum id consequatur venditor, illi satisfactum est, quantumvis servus contra conventionem alienatus fuerit.

† Sed tamen et in alienationis prohibitione, de qua agimus, constitutum est interdum ita eam valere, ut si dominus tentet alienare, alienatio sit irrita: quod fit, cum aut lex prohibet alienationem, aut testator. Prius declaratur exemplo fundi dotalis, quem lex Iulia alienari prohibet, *Instit. quibus. al. lic. vel. non in pr.* L. 2. *supr. de fun. dot.* Poste rius in *L. filiusfamil.* §. *Divi* 2. *sup. de leg.* 1. *L. peto*, §. *fratre*, L. *cum pater*, §. *libertis*, *supr. de legat.* 2. Sed hæc dissimilia sunt. Legis auctoritas publica est, quam ratam et inviolatam esse Reip. expedit. *L. 2. supr. de legi.* Hoc non fit aliter, quam si quod lex fieri non vult, si factum sit, habeatur pro infecto. Itaque ut ita habeatur, etiam constitutum est *L. non dubium C. de legi.* Testatorum autem etsi persona privata est, non ut legislatoris publica; tamen plus tributum est supremis voluntatibus morientium, quam viventium, et iussum, uti quisque legaverit, id est, statuerit de re sua, ita ius esse; idque etiam ut fiat, hominibus deberi, et publice interesse existimatur. *L. verbis*, *infr. de verb. sig. L.* 1. *C. de fac. ec. L. vel negare*, *supr. quem. test. ap.* Manebit igitur quæcunque conventio sit de re aliqua, ne domino eam vendere aut alienare liceat, dum ne sit nuda conventio, sed aut in traditione rei interposita, aut stipulatio, hanc quidem esse utilem, sed non ita, quin domino integrum sit iure suo et vendere et alienare, ut prius, ut quidem venditio et alienatio rata sit: solum valere hactenus, ut si contra, quam cautum est, res vendita aut alienata sit, actio sit ex conventione in id quod paciscentis vel stipulantis interest. Hinc dubium non esse, quin in proposito, cum Titius fratrem heredem reliquit ex parte, simul servus Titio donatus quamvis donatus ea lege, ne ad fratrem eius perveniret, tamen ad eum pro ea parte iure pervenerit, ut et reliquæ res hereditariæ 10

riæ, non secus quam si donatio nullam talem legem accepisset. Proinde hac institutione servo ita translato adversus stipulationem factum videri, si modo et de hac specie alienationis contrahentes senserint: de quo cum dubitari possit, superest, ut de eo paucis consideremus.
11 † Dici ergo potest his verbis stipulationis, *ne servus ad Titii fratrem perveniat*, contineri singularem omnem alienationem servi, qua is specialiter in fratrem Titii transferatur: universalem autem illam, qua frater efficiatur heres, ex mente contrahentium non contineri. Movet, quod fratre Titii herede relicto, principaliter ei acquiritur hereditas, quæ iuris defuncti universitas quædam est: per consequentiam autem res singulæ veniunt, quæ illa universitate continentur, ut declaratur in L. 1. *supra de auct. tuto*. Atqui ibidem etiam traditum est, cum alterutrum eorum spectandum est, et quæritur, utrum sit spectandum, id debere attendi, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. Huc accedit, quod pleraque per se non possunt alienari, quæ tamen cum universitate recte et sine impedimento iuris transeunt. Nam sepulcrum specialiter vendi non potest: at fundo vendito in quo id fuit, etiam sepulcrum accedet. L. *in modicis*, *supra*, *de contrahend. empt. L. si mercedem*, §. 1. *supra*, *de action. em.* Quinimo, quod hunc locum proprie attingit, si cuius rei commercium quis non habet, ea illi legari non potest. Si tamen heres institutus sit, dominus eius efficitur. L. *quædam*, *supr. de acq. rer. dom.* Quo declaratur alienatione alicuius rei prohibita, specialem alienationem rei, non institutionem et universitatis alienationem prohibitam videri. Sed hæc movere nos non debent. Quod enim dicitur spectandum esse in acquisitione hereditatis id, quod principaliter quæritur, non quod per consequentiam in specie *d. L.* 1. *de auc. tut.* recte dicitur; et generaliter quoties hanc legis mentem esse apparet: quod illic accidit, ubi tutor pupillo auctor est, ut hereditatem adeat, a qua aliquid tutori debetur. Etsi enim tutor in eo per consequentiam auctor fit in rem suam, quod lex prohibet: tamen rei singularis incommodum non tanti esse debet, ut manifestam utilitatem pupilli in tota hereditate acquirenda impediat. Neque hoc legis consilium est, quæ pupillis consulere, non eorum commodis obstare voluit. Quod ni constet hanc mentem esse vel legis vel contrahentium, ut quæ fiunt per consequentiam, non attendantur, dicendum est omnia generali prohibitione alienationis contineri, quibus fit, ut heres alienetur, sive principaliter id fiat, sive per consequentiam, ut diserte cautum est constitutione Iustiniani. *L. ult. C. de reb. al. non al.* Et nota est regula, cum quid prohibetur, prohiberi omnia quæ sequuntur ex illo *C. cum quid prohibetur, de reg. iur. in* 6. Quod autem placet prohibita quarundam rerum alienatione, universalem alienationem rerum non contineri, utpote cum eæ res cum universitate, et ex caussa hereditaria recte transeant: in prohibitione legis locum habet, ut Bartolus hoc loco recte scripsit: ad prohibitionem contrahentium non pertinet. Alia enim longe hac re legis mens est, alia contrahentium. Cum lex alienationem alicuius rei prohibet, non est consilium legis etiam aliarum rerum, quæ in diversa caussa sunt, alienationem prohibere. Quapropter et fundus in quo sepulcrum est, per legem recte alienabitur: et recte veniet ad aliquem hereditas, etiam in qua sit res aliqua, cuius commercium heres non habuit. Et quia hæc transferre per legem licet, simul etiam per legem illa accedere necesse est, quæ rebus alienatis continebantur. Cum autem inter privatos hi qui paciscuntur, de re aliqua aperte sibi cavent, hoc animo sunt, ut id omnino sibi præstari velint, sive id fiat cum incommodo promissoris sive non fiat; idque etiam ut ita præstetur, receptum est, si verbo conventionis aut stipulationis quamvis generali contineatur, *L. quidquid supr. eod. L. non est*, *supr. de trans.* † 12
Sane si servus ita donatus sit, non ne perveniat ad hos aut illos, sed in totum ne alienetur, et ita futurum donatarius caveat, probandum est stipulationem non committi si is herede aliquo instituto decedat, quamvis verum sit et servum ad heredem adita hereditate transire: non quod non verbis conventionis contineatur hæc alienatio, sed quia si de hac quoque senserunt contrahentes, promissio sit impossibilis, eoque inutilis. Necesse est enim rem vel hoc modo vel alio aliquo alienari, cum fieri non possit, quin promissor aliquo herede relicto decedat. Quo fit, ut si conventionem valere volumus, necesse sit eam sic accipi ut aliquod genus alienationis excipi intelligatur, quo rem potius alienare liceat, quam aliis, tum deinde cætera prohiberi. † Duo 13
sunt autem genera alienationis summa; unum, quo res singulæ specialiter alienantur: alterum, quo alienantur per universitatem, ut fit cum quis alteri heres factus est. Si quæritur de utro horum potius prohibendo contrahentes senserint, incredibile est eos omissis iis modis, quibus servus pro-

proprie et specialiter alienatur, de institutione potius sensisse, qua servus non alienatur recta et specialiter, sed per consequentiam. Incredibile et illud eos de alienatione necessaria sensisse potius, quam de voluntaria. Hæc autem posterior necessaria est, cum unusquisque paterfamilias iure habeat heredem: illa posterior voluntaria. †
14 Non eadem conditio est huius stipulationis, fore, ut servus ad certos quosdam non perveniat: nihil enim impossibile hæc stipulatio continet, quamvis hoc promittatur, fore ut nullo modo perveniat, idest, neque singulari ullo titulo, neque hereditario iure. Etsi enim cogitur Titius heredem habere; non tamen cogitur habere fratrem, cum ei liceat etiam per stipulationem instituere alios. Sed etsi fratrem haberet heredem, non tamen ideo necesse est servum ad eum pervenire: potuit enim Titius efficere, ut servus perveniret ad alios vel inter vivos eum alienando, vel testamento eum legando. Proinde ut omnis alienatio continetur verbis stipulationis propositæ: ita cum possit promissor hanc prohibere, simul etiam stipulatio in omnem eam alienationem valebit, et quæcunque ea contigerit postea, qua servus perveniat ad fratrem Titii, stipulatio committetur: puta, etsi fratre herede relicto servus cum universitate ad eum transierit: quod in specie hic proposita confirmatur. †
15 Nec intererit ad stipulationem committendam, quomodo Titii frater fratri heres exstiterit, utrum quia ab illo ultro heres institutus est, an quia sine iudicio defuncti obtinet ab intestato eius hereditatem. Etsi enim posteriore casu non fecit Titius, quo servus ad fratrem perveniret, ut fit priore: tamen verum est etiam hoc casu non fecisse eum, quominus perveniret: quod ille ne fieret, duobus modis consequi potuit, vel alios heredes instituendo, quam fratrem, vel servum saltem alii legando, aut dum vivit in alium transferendo. Promiserat autem Titius futurum, ne servus ad fratrem perveniret, idest, facturum se, ne perveniret: per se enim id futurum promittere intelligitur, non per alios. *L. stipulatio ista, in pr. supr. eod.* Ita dum illa non præstat, quæ potest, quibus fit, ne servus ad fratrem perveniat, contra conventionem facere, eoque et stipulatio committi intelligitur quanquam prope est, ut videatur defunctus dedisse hereditatem etiam ab intestato hoc ipso, quod non ademit L. 1. §. *sciendum, supr. de leg.* 3. Unde cum quis heres institutus prohibitus esset aliquid post mortem relinquere fratribus suis; placuit huic ipsi Scævolæ contra præceptum testatoris factum videri, si is heres intestatus decesserit, et hereditas eius legitima ad fratrem pertineat: *L. Lucius, pen. §. matre, supr. de leg.* 2. ut nequaquam dubium sit, quin hoc posteriore casu itidem ut priore stipulatio committatur. Quod ut significaret hoc loco Scævola, consulto posuit Titium non instituisse fratrem heredem ex parte, sed ex parte heredem reliquisse; quia verbum ad heredes testamentarios, et legitimos ex æquo pertinebat. † 16
Commissa stipulatio ad quid committatur, et quatenus, videndum est. Et committitur in id quod Seiæ interest servum non esse factum fratris Titii. Ex quo intelligitur, si Seiæ nihil intersit, stipulationem esse illi inutilem, ex qua neque hoc consequatur, quominus alienetur servus contra conventionem, neque servo alienato ullam sit eius rei nomine actio. Et recte; est enim stipulatio non dandi, sed faciendi, utpote qua non promittitur servus, sed ne is alienetur. Commune hoc omnium faciendi obligationum. Si non fiat, quod promissum est, actio et condemnatio est in id, quod interest. *L. stipulationes non vers. Celsus, L. si pœnam, sup. eod.* † Quæri 17
igitur potest, quid hic interesse possit Seiæ servum fratri Titii in servire potius, quam aliis, cum quominus aliis serviret, non prohibuerit. Quærimus enim quid hic intersit non ex animo vindictæ, sed vere et pecuniariter, ubi scilicet servus venditus non est, eoque nec propter conventionem adiectam minoris venditus. *L. si venditor, §. ult. supr. de ser. exp. arg. in L. fideiussoris, in prin. de pac.* Et certe quod pecuniariter non interest, non potest æstimari, ut præstetur. Dicendum est sic interesse posse, et hactenus agere posse Seiam, quatenus ob id factum alii præstare cogitur. Finge illam prius accepisse servum ea lege, ne ad certos quosdam de quibus cavit, is servus perveniret, et si contra factum esset, pœnam promisisse. Committetur pœna adversus eam, sive ipsa recta servum transtulerit in eos, de quibus cautum est, sive alius, qui ab ea prius acceppisset; nam hoc tantumdem valet. *L. si servum, in prin. ver. idemque fiet, supra, eod.* Finge igitur deinde et Seiam hunc servum dedisse Titio hac ipsa lege, ne ad eosdem illos servus perveniret. Dicimus, si huius facto ad eos pervenerit, Seiæ tanti interesse, quanta est pœna, quam alii promisit, et in quam ob huius factum incidit, atque in hanc summam illi esse actionem. Quod diserte confirmatur in *L. servus*

vus, supr. de ser. exp. neque longius progreditur ex stipulatu actio. Quid est igitur, quod in *L. ea lege, C. de cond. ob. cau.* dicitur, cum res ea lege donata est, ne alienetur, si alienata sit, donatori prorsus condictionem quæri? quod sine exceptione dictum est, sive intersit donatoris, sive non intersit: idque ita omnino accipi debet. Et intelligendum est, cum quid datur hac lege, ne alienetur; si conditio servata non sit, duas hic esse actiones: unam ex conventione expressa, aut si conventio in stipulatum deducta sit, ex stipulatu: alteram ex tacita conventione, quæ intelligitur ex eo, quod datio certam conditionem accepit. Conventio expressa seu stipulatio hoc continet, ne res alienetur. Hæc cum sit in faciendo, committitur tantum in id quod interest: ac si nihil intersit, inutilis est conventio. Sed non ideo, qui rem dedit, rem amisit. Nam qui dedit ea lege, ne res alienaretur, etiam tacite hoc dixisse intelligitur, si res alienata sit, nolle se rem datam esse, arg. *L. quibus*, §. *quidam Titio, supr. de cond. et demonstr.* Hinc tacita conventio, et ex conventione condictio ob caussam dati caussa non secuta. *L. si extraneus, supra, de cond. cau. da.* Hæc unam hanc caussam habet, si conditio servata non sit, non etiam si quid intersit eius, qui dedit: atque is utra harum volet, experietur. L. *naturalis, in princ. et* §. 1. *supra, de præs. ver.* Itaque in proposito, si videtur Seiæ, aget ex stipulatu, et consequetur, quod sua interest. Quod si aut nihil eius interest, aut mavult servum habere, quia hunc pluris æstimat, aget condictione, qua consequetur, ut Titii frater servum reddat, aut si hunc alienavit, nec potest reddere, ut in æstimationem servi condemnetur. † Ut de eo, quod hic peti 18
potest, expressit Scævola; ita et de eo quatenus possit, videtur respondisse, ut scilicet agere possit Seia in id quod interest, idque in solidum. Ait enim Seiam ex parte heredem cum fratre defuncti Titii, eodemque coherede ex stipulatu agere posse in id quod sua interest. Si Seia pœnam ante promisit, si servus ad fratrem Titii pervenisset, et pervenit; pœna adversus eam in solidum commissa est, quamvis servus ad eum pro parte tantum pervenerit, non in solidum, ut hic contigit. Quantacunque enim ex parte pervenerit, semper verum erit eum pervenisse, et ita exstitisse conditionem pœnalis stipulationis: qua conditione exsistente, pœna, quæ solida promissa est, non dividitur. *L.* 5. §. *ult. supra, eod. L. heredes*, §. *idem iuris, supra, fa. erc.* Itaque hactenus etiam Seiæ in hac caussa interest. Proinde cum ait Seiam posse agere in id, quod sua interest, hoc statuere videtur etiam in id totum agere posse. Quod non ita accipi debet. De re in quam agi possit, respondet Scævola; de quantitate eius rei seu actionis nihil exprimit. Idcirco in eo iuris regulam sequi debemus. Stipulatio hereditaria quamvis in solidum commissa, ut hic commissam esse fatendum est, tamen inter heredes dividitur pro portionibus hereditariis. *L.* 4. §. *Cato, supr. eod.* Aget igitur Seia cum fratre Titii eodemque coherede pro portione eius hereditaria: pro qua parte autem ipsa est heres, actio confusione sublata est. *L. si adulta, C. de her. ac. L. licet, C. ad leg. Fal.*

Ad §. Filia quæ de inofficioso.

Filia quæ de inofficioso agere statuit, et transegit postea cum heredibus stipulatione interposita, et subiecta doli clausula, apud præfectum de falso testamento egit, nec probavit. Quæro, an ex doli clausula possit conveniri. Respondi, nihil ad eam stipulationem id quod postea actum proponeretur, pertinere.

SUMMARIA.

1. *Testamenti falsi et inofficiosi differentia.*
2. *De inofficioso testamento interposita stipulatione transigens nihil contra stipulationem, aut transactionem facit, si de falso postea queratur.*

1 LOnge diversæ caussæ sunt falsi testamenti, et inofficiosi. In priore de facto heredum quæritur, et eorum, qui in falso fabricando dolum adhibuerunt. In posteriore agitur de facto et iniuria testatoris. Falsum testamentum non est testamentum, sed tantum esse dicitur falso, cum non sit a testatore profectum. Inofficiosum testamentum re vera testamentum est, habens testatoris voluntatem, et eam quæ rite testata sit, ut et Iure Civili valeat: etsi dicitur factum esse contra officium pietatis, præteritis me-

merito aut immerito exheredatis iis, qui non
2 debebant. † Quare qui de inofficioso testamento transegit cum heredibus scriptis, et promisit se de eo amplius non acturum, et generaliter dolum malum in ea caussa a se abesse, abfuturumque esse, ut est doli clausula, quæ stipulationibus subiici solet: *L. stipulatio ista*, §. *si quis dolum*, *L. doli*, *supr. eod.* qui, inquam, ita cavit, nihil facit contra transactionem aut stipulationem, si de eodem testamento ut falso postea agat. Quod non eo tantum spectat, ut qui agit postea de falso, non metuat in eo exceptionem rei iudicatæ: L. *cum quæritur*, *supr. de exc. rei iud.* de quo hic non agitur; sed ut si egerit, quamvis victus sit, et pronunciatum sit eum de falso dolo egisse, tamen intelligatur non teneri eum superiore stipulatione, quasi adversus eam fecerit. Nec ei nocebit doli clausula stipulationi subiecta: nihil enim dolo facit adversus transactionem, qui cum cavisset se de iniuria testamento illata amplius controversiam non facturum, nihil nunc de iniuria testamenti, aut patris quæritur; sed accusat heredem dolum qui aut ipsi falsum admiserunt, aut certe nunc falso utuntur.

Ad L. Si sub una, 136.

PArs est definitionis eius, quæ plenior tradita est, et exposita in *L. quæ extrinsecus*, 65. *supr. eod.* de discrepantia interrogationis et responsionis, quæ in verbis est stipulationis, non in re: de quo etiam dictum est ad L. 1. § *si quis ità supr.*

Ad §. Si quis viam ad fundum.

Si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum, partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit: evanescit stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Dari res quas recte stipulemur.*
2. *Servitutis prædii natura.*
3. *Viam ad fundum alienum aut communem, inutiliter quis stipulatur.*
4. *Stipulatus servitutem ad fundum suum, si fundum partemve fundi ante constitutam servitutem alienarit, evanescit stipulatio.*
5. *Stipulatio cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat, vitiatur obligatio.*

1 EAs res quisque sibi dari recte stipulatur, quæ et ei dari possunt: quæ autem non possunt, frustra; ut quis stipuletur rem suam. *L. si stipulor*. 25. *L. nemo*
2 82. *supr.* † Est autem servitutis prædii, veluti, viæ, itineris, ea natura, ut hanc nemo acquirere possit nisi prædio suo: alieno nemo potest, ac ne communi quidem *L.* 1. *L. proprium. L. si quis duas, in pr. supr. com.*
3 *præd.* † Ea re fit, ut viam quoque ad fundum alienum stipuletur quis inutiliter: eademque de caussa inutiliter et socius ad fundum communem: scilicet quia neutri dari potest. *L. si unus*, *supr. de ser. præ. rust.*
4 † Finge stipulatum esse aliquem ab initio viam ad fundum suum, deinde ante constitutam servitutem fundum alienasse aut in totum, aut pro parte: hic traditur evanescere stipulationem. Non alia id quidem de caussa quam quod deducta sit stipulatio in eum casum, a quo incipere non poterat, ut de hac specie scriptum est in *L. pro parte*, *supr. de servit.* † Itaque sub una specie rerum in 5
stipulationem deductarum confirmat hoc loco Paulus generale illud, de quo diximus ad *L. si ex legati*, *et* L. *existimo*, *supr. eod.* cum in eum casum recidit stipulatio, a quo incipere non poterat, vitiari obligationem. *d. L. pro parte*, §. *item contra*, *inst. de inut. stip.* Quæ sententia cuiusmodi sit, et an quidquam ei adversetur, dicetur ad L. *pluribus*, *pen. infra.* De servitutis acquisitione et acquisitæ retentione non est huius loci, ut dicatur.

Ad L. Continuus, 137.

Expositus est hic locus ad L. 1. §. 1. *supr.*

Ad §. Si hominem.

EAdem sententia extat, explicata etiam pluribus verbis a Paulo in L. *inter*, §. 1. *supr. ubi* de ea diximus.

Ad §.

Ad §. Cum ita stipulatus.

Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari?* inest tempus, quod autem accipi debeat, quæritur. Et magis est ut totam eam rem ad iudicem, idest ad virum bonum remittamus: qui æstimet quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit: ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus, et omni potestate contempta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis: cum id agat, ut mature perveniat: idest eodem tempore quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire, eoque transacto quamvis Romæ remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit quo minus Ephesi daret: vel quoniam per alium Ephesi possit dari: vel quia ubique potest solvere. Nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus, aut felici navigatione, maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est: quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturæ locus.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Ephesi dari, verbis pura, re ipsa dilationem accipit.*
2. *Tempus, quod ex loci adiectione stipulatione tacite inest, quomodo definiendum.*
3. *Temporis huius vis et conditio.*
4. *Tempore hoc transacto, an omnimodo pecunia possit condici.*
5. *Tribus rationibus difficultatem, quæ obstare videbatur, Iurisconsultus removet.*
6. *Solvi ubique an possit, quod ubique peti non potest.*
7. *Solutio eius, quod certo loco dari promissum est, an alio, quam in quo promissum est loco, volenti tantum creditori, an etiam invito recte offeratur.*
8. *Tempore superiore definito nondum transacto, an et quo casu agi possit.*
9. *Coniecturis quando locus.*
10. *Diploma quid.*

1 CUM stipulamur quid dari certo loco, puta Ephesi; stipulatio verbis pure facta, ex re ipsa dilationem accipit. Inest enim tempus, quo Ephesum possit perveniri: nam alioqui præstatio sit impossibilis. L. *interdum*, *supr.* §. *loca*, *Inst. eod.* Hoc iure posito, tractat hoc loco Venuleius quæ-
2 dam ad id tempus tacitum pertinentia. † Ac primum quodnam id statuere debeamus, ut sit quod in huiusmodi quæstionibus Iudex sequatur. Neque enim id tempus certum est et unum natura, ut de eo facile et certo possit iudicari: sed varium maxime, eoque incertum, si quod proficiscentibus accidit, spectemus. Constat enim alios citius Ephesum pervenire, alios tardius, ut fert commoditas aut difficultas itineris; item contentio aut tarditas iter ingredientium. Ergo de eo statuit initio, pluribus id quidem, ut sit definitio dilucidior: sed tamen ita, ut si hæc definitio in summa, id tempus hic accipiendum, intra quod conficere id iter possit mature diligens paterfamilias et simul mature atque ex officio diligentis patrisfamilias id fieri interpretatur, eodem tempore quo plerique eiusdem conditionis homines solent per-
3 venire. † Hoc tempore ita definito, tractat deinceps et de vi ad conditione huius temporis, num scilicet et hæc eadem sit, quæ certi diei in certis obligationibus. Nam hic cum aperte adiectus est, eius hæc vis est ad differendam petitionem, ut postquam præteriit, confestim agi possit, et sine exceptione: ante autem, quam is dies venit, agi omnino non possit, §. *in diem*, *Inst. eod. L. cedere*, *infr. de verb. sig.* Tractat igitur hæc eadem et de eo tempore, quod supra constituit ex loci adiectione stipulationi inesse. Et si vere definivit, consentaneum est hic quoque eadem dicenda esse in utramque partem: ut sunt omnino, si recte definitio accipitur. Sed prius nonnullam dubitationem habet: ideo hanc diluit. Posterius indiget cautione, ideo quomodo accipiendum sit, docet. Statuit ergo de priore id, quod est omnis diei adiecti commune, transacto eo tempore, quod ante definierat inesse stipulationi, statim ei, qui promisit se Ephesi daturum, recte condici: quod significat recte ab eo pecuniam peti actione in personam. §. *appellamus*, *inst. de act. L. actionum*, *supr. prox. tit.* † Sed an 4
omnimodo potest hoc casu pecunia condici? quid enim, si eo tempore transacto promissor iam amplius pervenire Ephesum non possit?

sit? Hoc vero erat, quod dubitationem afferebat in hac re: non enim videbatur omnino ex hac stipulatione pecunia peti posse, si non posset promissor eam dare Ephesi, ubi dari promissa est: quoniam alioqui futurum esset, ut tum peteretur, cum præstatio, uti stipulatione comprehensa est, promissori esset impossibilis. Et ut intelligatur nihil hic excipi, quominus transacto supra constituto tempore statim pecunia peti possit, esseque in hac parte omnia cum reliquis omnibus temporibus adiectis communia; nominatim superius illud Venuleius complexus est, idque removens ita definit, *eoque transacto, quamvis Romæ promissor remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilominus ei recte condiceretur.* Simul nihil istam difficultatem Ephesi dandi obstare probat tribus rationi-
5 bus. † Una est, *quia per ipsum steterit, quominus Ephesi daret*: qua ratione significat etiam si transacto tempore, quod supra constitutum est, non possit promissor per rerum naturam pecuniam Ephesi dare; tamen cum per eum steterit, quominus daret, ipsum de se queri debere, qui se in eam difficultatem coniecerit, nec debere ei factum suum et culpam patrocinari, *L. 2. §. si quis tamen, supr. si quis caut. L. factum, infr. de reg. iur.* Altera ratio est, quia quod promissor transacto tempore iam Ephesi pecuniam dare non potest, non est hoc impedimentum naturale, seu eiusmodi, ut per rerum naturam amplius pecunia Ephesi solvi non possit, ut quis dicat eius præstationem esse impossibilem: sed est impedimentum personæ quo fit, ut ipse iam dare non possit, prout velit: quod genus impedimenti non moratur obligationem aut petitionem, ut idem scribit *ead. L. §. illud infr.* Posse autem natura etiam nunc pecuniam Ephesi dari hinc intelligitur, quod per alium Ephesi dari potest: quod ita fit, si proponas aliquem amicum promissoris vel procuratorem Ephesi esse, qui monitus det pecuniam procuratori aut institori stipulatoris: quod perinde valet, ac si ipse promissor stipulatori dedisset. Tertia ratio, quod etsi quis concedat pecuniam iam amplius Ephesi dari non posse neque per promissorem ipsum, neque per alium; non ideo tamen consequens est nullam esse eius pecuniæ petitionem, quasi impossibilis rei præstatione constituta: satis est enim, si potest promissor alibi pecuniam solveret: At *potest ubique*, inquit. Quod sic accipiendum est, ut possit in specie hoc loco proposita, ubi promissor Romæ remanserat, et stipulator ibi cum eo agebat, et pecuniam petebat arbitraria actione pro potestate sibi data edicto, quod est de eo, quod certo loco dari oportet. *L. 1. supr. de eo, quod cer. lo. §. loco, inst. de act.* Itaque potest qui Ephesi dare promisit, exigente alibi pecuniam creditore ubique eam solvere, quoniam volenti solvit; quod sufficit ad liberationem. Cæterum invito stipulatore nullo alio loco solvere potest, qui certo loco dare promisit, quam in quo promi-
sit. *L. pen. supr. de eo, quod cer. lo.* † Sed 6
hanc postremam rationem repudiet fortasse aliquis, ac neget verum esse, posse promissorem ubique solvere: hoc argumento, quia ubique ab eo peti non possit. Ad hanc obiectionem tacitam diluendam pertinet ratio Venuleii: quæ sequitur. *Nam et quod in diem debetur*, inquit, *ante solvi potest, licet peti non potest.* Significat nimirum hac ratione, neminem debere moveri eo, quod dixerit ubique solvi posse, quod constet non posse ubique peti: non enim eandem esse caussam solutionis et petitionis, nec quidquam prohibere, quominus solvi possit, quod peti non potest. Argumento esse, quod in diem debetur; quod ante diem peti non potest; constat tamen ante recte solvi. *L. stipulatio ista, §. inter, sup. L. quod cer-*
tæ, infr. de sol. † Sed an volenti tantum 7
creditori, an etiam invito? Et ex hoc loco colligi quis dixerit volenti tantum solvi posse contra, quam disseruimus supra ad *L. eum, qui Calendis, §. ult. eod.* in ea parte, ubi de effectu diei adiecti scripsimus. Comparat enim hoc loco Venuleius solutionem rei in diem promissæ, quæ tamen peti non possit, cum solutione eius quod certo loco dari promissum sit, et alio loco solvatur, quam in quo promissum est. At hoc alibi volenti tantum solvi posse diximus, non invito. Sed observandum est, qua in re comparentur istarum stipulationum solutiones. Et non comparantur in eo, quod id, quod peti non potest, tamen solvi potest volenti creditori (nam de volente aut invito creditore utrobique nihil adiicitur) sed tantum in eo, quod solvi potest, etiam quod peti non potest: solvi, inquam, simpliciter, non autem volenti aut invito solvi. Quare ut libenter concedo ex verbis huius loci liquido non probari, quod in diem debetur, ante diem etiam invito solvi posse: ita volenti tantum posse solvi, ex eo loco nullo modo colligitur. Ut enim in priore specie efficiatur aliquid alicubi solvi posse, etiam quod ibi peti non potest, satis est dici in specie posteriore id quod ante diem peti non potest, tamen ante diem posse solvi, quocunque tandem modo solvi possit, sive volenti sive invito creditori. Postremo cum in solutione eius, quod ante diem solvitur, nihil exprimatur hic, quid volenti fieri possit, aut etami

iam invito, et maxime cum de ea solutione agatur hic obiter, non quo ius de ea re tradatur: quod hic omissum est, id aliorum locorum regulis relictum intelligendum est, in quibus de hac specie ex professo agitur, ut *d. L. stipulatio ista*, §. *inter*, *sup.* et *d. L. quod certa*, *infr. de sol.* qui quales sint,
6 suo loco satis ostendimus. † Quod reliquum est, docet Venuleius in extremo, non idem usquequaque de effectu superioris temporis in contrariam partem probandum esse, quod de cæteris temporibus natura certis; ut eo non transacto dicatur nondum etiam agi posse. Vult enim ne hic quidem adhuc posse agi; sed ita, si promissor intra id tempus non pervenit Ephesum. Quod si maturius, quam quisquam pro consuetudine hominum solet, eo pervenerit, *confestim*, inquit, *obligatus est.* Quod cum effectu dictum accipi debet, ut significetur ita eum obligatum, ut confestim cum eo agi possit, ut et in *L. eum*, *qui Calendis*, §. *ult. supr.* Non ergo vera est definitio temporis superior, dixerit aliquis. Quoties enim tempus aliquod adiicitur obligationi, non alia eius vis esse potest, quam ut differatur si non obligatio, at certe petitio: alioqui frustra adiiciatur, atque adeo non sit obligatio in diem, §. *in diem*, *Inst. eod.* Quare si vere tempus superius in hac caussa definitum est, dici debuit, ante quam id præterierit, omnino agi non posse. Quod si agi potest, fatendum est male id tempus definitum esse. Hoc diluit Venuleius, cum superioris sententiæ confirmandæ caussa hac ratione utitur; *quia in eo*, *quod tempore atque facto finitum est*, *nullus est coniecturæ locus.* Non enim dubium est, quin hoc tantumdem valeat, ac si ita dixisset. Recte dicerentur ista, quæ obiecimus, si supra definitum esset tempus in universum, intra quod ex huiusmodi stipulationibus, quæ loca adiecta habent, agi posset. Nunc autem intelligi debet, id solum definitum esse, de quo natura non constet. Quod tunc accidit, cum intra idoneum tempus dicitur promissor in locum constitutum non pervenisse, et quæritur, quod nam sit id idoneum tempus, intra quod possit commode eo perveniri. 9 † Tunc enim res dubia coniecturis, et definitione atque auctoritate prudentium indiget, ut explicetur. At ubi promissor certo pervenit Ephesum multo maturius, ad hanc veritatem et certitudinem naturæ superior definitio non pertinet, atque adeo etiam hic sit inepta: utpote quæ coniecturis voluntatis nitatur. In eo autem, quod tempore atque facto finitum est, idest, in eo, quod certo factum est, non est opus coniecturis, aut prudentia aliqua ad rem explicandam, quæ natura certa est, et seipsa ostendit. Proinde hic definitio ex re ipsa sumetur, dicemusque id tempus præteriisse, quo potuit promissor pervenire Ephesum, cum re vera eo pervenerit. † Quod ait sic posse promis- 10
sorem maturius, quam quisquam soleat, Ephesum pervenire, si felici navigatione usus sit, aut *diplomate*; hoc posteriore significat, si promissor usus sit ad iter equis cursoriis, seu cursu publico, qui olim exceptis quibusdam personis interdictus erat constitutionibus. *L. his tantummodo*, *C. de cur. pub. lib.* 12. ideo si quis eo uti vellet, opus erat diplomate, idest, libellis Principis, quibus eius rei potestas fieret: ut et viri docti alii in hunc locum, alii in suis lexicis recte acceperunt. Itaque caussa hic posita est, ex qua effectus intelligeretur, diploma pro cursu publico, qui ut sit, diplomate Principis efficitur.

Ad §. Item qui insulam.

Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris, et plurimis operis adhibitis festinare debet: nec rursus utroque aut altero contentus esse: sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis ædificatoris: et temporum, locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit: transactoque tempore quo insulam consummare oportuerit, si postea ædificetur, liberetur reus: sicut liberatur qui se daturum spopondit, si quandoque tradit.

SUMMARIA.

1. *Stipulationibus faciendi tempus inest, intra quod possit opus perfici.*
2. *Tempori huic quis modus statuatur.*
3. *Temporis ita statuti quis effectus.*
4. *Ex stipulatione, insulam fieri, ob non inchoatum opus, simulatque mora insulæ faciendæ fieri cœperit, agi potest.*
5. *In stipulatione hac promissor post moram faciendo, modo lis contestata nondum sit, liberatur.*

Post-

1 QUod loco adiecto fit, ut tempus insit stipulationi, quo perveniri in eum locum possit, de quo superiore §. dictum est: hoc idem evenit in faciendi stipulationibus, ut contineatur id tempus, intra quod possit
2 opus perfici. *L. interdum*, *supr.* † Sed nec hoc certum est natura, non magis quam superius: cum inter peritiam et diligentiam artificum magna sit differentia. Ergo idem hic quæritur, quod supra, quem huic tempori, quem diligentiæ ædificatoris statuere debeamus modum. Quod dilucide Venuleius hic ini-
3 tio explicat. † Sed et hoc die obligationi constituto, eadem illa duo, de quibus superius diximus, sunt hic quoque consequentia, ut neque agi possit ex hac caussa ante, quam id tempus præterierit, ut diserte traditum est in L. *si ita stipulatus*, 14. *supr. eod.* et rursum eo transacto confestim et sine exceptione agi possit, ut est conditio omnium obligationum, quæ sunt in diem, §. *in diem*, *inst. eod.* Etsi autem hæc quoque de effectu huius temporis vera sunt, si quis ea recte, et quo sensu dicuntur, accipit: tamen nisi attendimus, fallere nos possunt. Id ergo ne accidat, hic quoque, ut ante, utrumque horum postea attingit, et quomodo accipiendum sit, monet. † Cum enim ait, *item si non inchoetur* 4
opus, id tantum æstimetur quod in illo intervallo effici potuit: pertinet hoc ad prioris illius partis interpretationem, nec aliud significat, quam id quod dicitur ante quam id tempus præterierit, ex ea caussa agi non posse, sic esse accipiendum ut non possit agi totius operis non perfecti nomine: cæterum ob non inchoatum opus, simulatque mora insulæ faciendæ fieri cœperit, agi posse: ut æstimetur id solum, quod intersit stipulatoris id factum esse, quod factum non fuit. De qua distinctione diximus ad *d. L. si ita*, 14. *supr.*
† Quod autem addit, *transactoque tempore*, 5
quo insulam consumare oportuerit, *si postea ædificetur*, liberari reum: huc spectat, ut admoneamur, quod in alteram partem dicitur transacto eo tempore statim agi posse in id, quod interest, non sic esse accipiendum, quasi omnino et præfracte semper agi possit a stipulatore; sed ita, si pergat promissor non ædificare, et eo nomine patiatur secum litem contestari. Cæterum si ante litem contestatam ædificet, posse eum liberari: de quo est in *L. si insulam*, *supr. eod.*

Ad §. Illud inspiciendum.

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero esset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo si neque domi habet neque inveniat creditorem. Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur: et alioquin si quis Sthicum dari spoponderit, quæremus ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit, dare spondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia et in Sticho illud commune est. Quod promissor in præsentia dare non potest. Et generaliter caussa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat, dare promiserit.

SUMMARIA.

1. *Difficultas præstandi, seu impedimentum promissoris, an quibusvis in rebus petitionem differat.* et n. 5.
2. *Difficultatis caussa ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: quæ sententia duobus argumentis confirmatur.* et n. 4.
3. *Lectio Florentina notatur.*

1 POstquam ex hac stipulatione, Ephesi dari, placet non statim pecuniam peti posse; quia non statim pervenire Ephesum promissor potest, de quo dictum est *sup.* §. *cum ita.* Postquam etiam eum, qui insulam ædificari promisit, placet non statim teneri, quia non statim ædificare potest, de quo in §. *præced.* quam ob caussam placet etiam utrobique petitionem differri, donec et illic tempus præterierit, intra quod perveniri potest Ephesum, et hic insula ædificari: haud abs re est, cur videatur dici debuisse in rebus quoque omnibus promissis itidem cessare obligationem, si promissor non

non possit rem, quam promisit, præstare, eoque id tempus expectandum, cum possit. Consentaneum enim esse, ut quod in quibusdam obligationibus efficit difficultas præstandi, quod promiseris, id, cum eadem intervenit; efficiat in omnibus. Recte igitur atque ordine fecit hoc loco Venuleius, ut cum de superioribus duabus caussis dixisset, subiiceret hanc quæstionem, an re aliqua promissa, quæ quidem sua natura dari possit, quam tamen nondum promissor possit dare, non possit confestim agi, sed insit id tempus, quod in prioribus illis, quo promissor dare possit. Sic enim conveniebat, ut dubitationem, quæ ex supra scriptis caussis hic nascebatur, tolleret, et de difficulate rei præstandæ in universum definiret, ubi et quæ impediret obligationem, aut non impediret. Finge aliquem promisisse centum, qui ea non habeat domi, nec inveniat creditorem: aut cum Romæ esset, promisisse Stichum, qui sit Ephesi, aut Stichum alienum, quem dominus non vendat. Summa Venuleii sententia est, quæcunque res mobilis promittatur, cuius alioqui commercium sit, si promittatur pure, et loco non adiecto ubi detur, confestim promissorem teneri; nec ideo differri petitionem, quia hanc promissor in promptu non habeat, quantumvis iustis difficultatibus impediatur, quominus eam possit præstare. Quæreret ergo aliquis, qui fiat, ut in superioribus caussis obligationum differatur petitio, quia promissor statim pervenire Ephesum non possit, aut quia non possit statim ædificare insulam: hic autem placeat non differri, ubi nihilominus constet promissorem rem promissam adhuc dare non posse? Occurrit huic dubitationi Venuleius, cum ait, *sed hæc recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi*. Significant enim non esse, cur hæc caussa superioribus comparetur: quoniam in prioribus duabus caussis, quod promissor pervenire statim Ephesum non potest, aut non potest statim insulam ædificare impedimentum est naturale. Non enim ideo hæc ille facere non potest, quia impediatur ipse privatim, sed quia natura ipsa præstari ea non possint neque ab ipso neque ab ullo alio. Cuiusmodi impedimentum cum præstationem præsentem impossibilem reddat, sic obstat obligationi, ut differat petitionem, donec præterierit id tempus, quo poterant illa præstari. Quod autem in hac specie, de qua agitur, promissor rem dare non potest ob eas difficultates, quas diximus, non naturale impedimentum hoc est, sed personæ: idest, non id, quod sit in natura, quæ rem prohibeat dari; sed quod sit in persona promissoris, qui ideo rem dare non potest, non quia non possit res dari, sed quia ipse ea re careat. † Ac generaliter 2
de hoc genere impedimenti in extremo ita definit, caussam difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinere. Quominus autem dubitemus ita esse, hanc sententiam duobus argumentis confirmat ductis ab absurdo. Unum est in illis verbis, *aut si non*. Quod est huiusmodi: si dixerimus re promissa, quam promissor ob aliquas privatas caussas statim præstare non potest, differri petitionem, donec eam possit præstare; eveniet, ut Sticho Romæ promisso, qui erat Ephesi, insit stipulationi tempus, quo perveniri possit Ephesum, quia promissor, si servum ipsi tradere velit, ante hoc tempus id facere non potest. Atque ita nihil intererit, utrum quis, qui sit Romæ, promittat Stichum Ephesi se daturum, an vero simpliciter nullo adiecto loco promittat se daturum eum, qui sit Ephesi: quod minime probandum est, et Venuleius pro absurdo habet. Est enim contra omnium iuris auctorum sententias, qui quod dicitur expectandum esse tempus, quo Ephesum perveniri possit, ibi solum tradiderunt, ubi is locus ad dandum stipulationi adiectus est. §. *loca*, *inst. eo. L. interdum*, *supr. L.* 2. §. *qui ita*, *de eo*, *quod cer. lo.* † 3
Animadvertendum est autem hoc loco perperam legi in Pandectis Florentinis, *aut si non.* Nam hæc oratio, *si non multum referre videatur*, conditionalis cum sit, subiunctivam aliquam orationem desiderat: quæ hic nulla est. Nec multum profecerimus, si hæc verba, *aut si non*, interpretemur per *nisi.* Etsi enim nemo Latinorum, quod sciam, ita loqui solet, neque hæc verba fuisse puto in exceptionum formulis ad exceptionem significandam, sed potius illa, *at si non*, pro; At hoc ita, quod intendis, *si non*, quæ sunt verba exceptioni convenientia: tamen etiam hac significatione admissa multo deterior sententia efficietur, non tantum non conveniens huic loco, utpote quæ ad institutum probandum nihil valeat; sed etiam ipsa per se plane inepta et nugatoria, hæc nimirum; si dicemus Sticho promisso cessare obligationem, donec promissor eum dare possit, et Stichus erit Ephesi, expectandum erit, donec Ephesum perveniri possit, ubi est, ut vel illic tradatur, vel illinc traducatur alio, ubi queat dari. Atque ita non multum intererit, utrum Stichum hunc simpliciter quis promiserit, an promiserit Ephesi se daturum: nisi tamen utrum horum fiat, multum referre videatur. Ut in summa sit hæc sententia, non interest inter hæc, nisi intersit

sit: hæc non differunt, nisi differant. Quod nihil aliud est, quam si ita dicatur, hæc non differunt, si non differunt, propterea quod *nisi et si non* idem valent. Quod quam sit ridiculum et nugatorium, quamque ad probandum id, quod Venuleius instituit, nihil pertineat, nemo non videt. Necessario igitur ita legendum est, ut et in aliis exemplaribus legitur; *ut sic non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit dare spondet.* Estque hæc lectio optima: ubi non tantum sententia perfecta est, sed inest etiam ratio ad id, quod instituit, probandum efficax. Prius enim dixerat, *alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quæremus, ubi sit Stichus.* Subiicit continenter, *ut sic non multum referre videatur.* Id autem est; ut hoc admisso, quærendum esse ubi sit Stichus promissus; consequens sit non multum referre videri, Stichumne Ephesi se daturum an eum, qui sit Ephesi, simpliciter quis promittat. Deest assumptio, et conclusio; sed quarum utraque per se satis intelligitur hoc modo: Hoc autem, non multum inter hæc interesse, falsum est: ergo et il-
4 lud, unde sequitur. † Alterum eiusdem rei confirmandæ caussa argumentum est in extremis illis verbis, *ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* Hoc autem hanc sententiam habet: Si dixerimus difficultatem et incommodum præstationis ad stipulatorem, non promissorem pertinere, ut prius definierat; consequens erit dicere eum, qui servum alienum promisit, non teneri, si dominus eum servum non vendat: quoniam non possit quisquam, qui dominus non sit, rem dare, idest, eius rei dominium transferre. L. *traditio, sup. de acq. rer. dom. L nemo plus, infr. de reg. iur.* Nec vero est, quod promissori imputetur, si eum servum non acquirit, quem det, ubi dominus eum nolit vendere. Dici autem hoc casu promissorem non teneri, quia dominus non vendat servum promissum, etiam hoc pro absurdo habet Venuleius: quia sit inauditum, sitque contra omnium iuris auctorum sententias, quod pro
5 certo sumit, quia sit iuris explorati. † Summa hæc sit: cum de difficultate aut incommodo præstationis rei promissæ agitur, quæriturque an ob eam caussam stipulatio non valeat, aut differatur: in eo hæc regula iuris tenenda est, qua facile res expedietur: impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* Impossibilium enim cum dicitur, facile declaratur contrariarum rerum obligationem consistere, et ex ea statim agi posse. Impossibilia autem sunt, non quæ promissor non potest præstare, sed quæ conditione ipsa talia sunt, ut non possit hac conditione manente præstari vel ab ipso, vel ab alio, sive natura efficiatur, quominus dari possit, sive iure. Proinde quod ita dari non potest, nec potest in stipulationem deduci: *L. si stipulor, supr.* et si quid promissum ad aliquod tempus non potest præstari, differetur petitio donec id tempus præterierit; ut loco dandi adiecto, et in stipulationibus faciendi accidit, de quibus proxime dictum est. Quod si promissum erit, quod per se dari possit; quamvis hic non habeat domi promissor, quod det; tamen et consistet obligatio, et confestim promissor tenebitur. In quam sententiam dictum est, quod proxime sequitur in §. *si ab eo*, Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit; iure factam obligationem. Datur quidem debitori spatium ad solvendum: *L. si debitori, supr. de iud. L. quod dicimus, infr. de sol.* sed datur confitenti, idem quod et iudicatis, *d. L. si debitori.* Quod non est argumentum promissorem statim non teneri: sed contra maxime teneri. Iudicatos enim constat non solum tunc obligatos esse, cum condemnati sunt, sed etiam tunc fuisse, cum agi cum illis cœptum est. Alioqui frustra cum illis iudicio actum esset. *L. cedere, infr. de verbor. signific.* Ideo dicitur his spatium ad solvendum non dari, sed indulgeri: non obligationis iure, sed humanitatis caussa *L. cum militi, §. ult. supr. de comp.* de quo plura ad *L. eum, qui Calendis, §. ult. supr.* Ne illud quidem argumento est eum, qui rem promissam in potestate non habet, confestim non teneri quia si interpellatus non dedit, dicitur moram non facere. *L. quod te, supra si cer. pet.* Non enim solus moram non facit, a quo pecunia peti non potest: sed omnis omnino, qui differendæ solutionis aliquam caussam habet iustam, etiam si maxime debeat. *L. sciendum, et seqq. supra de usur.* ut constat de eo, qui debet re vera, sed ignorat se debere: *dict. L. quod te*, cum quo nihilominus recte iudicio agitur. *L. illud, sup. de her. pet. L. si quis solutioni, supr. de usur.* Illud notandum est, quod re simpliciter promissa negamus dilationem stipulationi inesse; etiam si promissor rem in potestate non habeat: in his solis rebus locum habere, de quibus tractat Venuleius hoc loco, id est, in pecunia et Sticho, et generaliter in rebus mobilibus, quæ ut loco moveri possunt, ita quovis loco natura sua possunt præstari. Alia caussa rerum immobilium, pu-

puta fundi. Hic quia non movetur loco, non potest natura alibi tradi, quam ubi est. Ideo recte scriptum est in §. *ult. Inst. de inutil. stipul.* fundo promisso non posse stipulatorem continuo agere, sed tunc, cum tantum spatii præterierit, quo traditio fieri possit. Adiicitur ibidem et de Sticho promisso: sed ita, ut eum accipere debeamus, qui itidem ut fundus certo loco detineatur, vel vi, ut si sit apud hostes, vel venditionis lege: quem locum exposui diligentius ad *d.* L. *eum, qui Calendis*, §. *ult. supr.* in ea parte, in qua de iure et effectu puræ stipulationis agitur.

Ad §. Si ab eo stipulatus sim.

DEfinitio est superiorem disputationem pertinens, cuius pars hæc est, et appendix, de qua et illic diximus.

Ad §. Cum quis sub hac conditione.

IDem in *L. inter*, §. *sacram*, vers. *sed hæc dissimilia*: *supr.* quem locum partim ibi, partim ad L. *si rem meam* 31. *supr. exposuimus.*

Ad §. Si ut aliquid fiat.

Idem in *L. cum quid ut fiat*, 71. *supr.* ubi dixi.

Ad §. Præterea sciendum.

ET de sententia huius loci abunde a me dictum est, unaque totus hic locus, possimusne stipulando acquirere uni tantum ex heredibus, et quid acquirere, tum quatenus, diligenter tractatus ad L. *stipulatio ista*, §. *alteri supr.* in ea parte, qua ex tribus generibus earum personarum, quibus stipulari nos posse illic posuimus, disseritur de heredibus, quibus recte nos stipulari constat.

Ad. L. Eum, qui certarum. 138.

EXposui initium in *L. qui hoc anno* 42. *supr.* §. *ult. in L. qui ex pluribus* 106. *supr. eod.*

Ad L. Cum ex caussa. 139.

ET hic locus ante expositus est ad L. 4. §. *ult. supr.*

Ad L. Pluribus. 140.

DE initii, et §. 1. sententia satis dictum est ad L. *scire.* 29.

Ad §. Etsi placeat.

Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est. Ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem, socius non potest: et tamen si is qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio. Et per partem dominorum servitus adquiri non potest, adquisita tamen conservatur et partem domini. Hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit. SUM-

SUMMARIA.

1. *Regula iuris, Exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, an sit perpetua.*
2. *Capita certa explicationem superioris regulæ notanda.*
3. *Confirmat, in multis iuris partibus regulam hanc veram esse, et pro iure certo observari.*
4. §. Ex contrario. *Instit.* de legat. et L. in ambiguis. §. 1. intra de reg. iur. *cum definitione superiore conciliantur.*
5. C. factum de reg. iur. *in* 6. *an regulæ superiori adversetur.*
6. *Loci exemplorum, in quibus regula illa veterum locum non habeat, monstrantur.*
7. *Exempla duo huius §. an rei propositæ a Iurisconsulto convenienter adducantur.*
8. *Causæ tractantur, in quibus res gesta resolvatur, et contra, in quibus non resolvatur, cum in eum casum reciderit, a quo incipere non poterat.*
9. *Differentiæ, quæ in negotiis omni ex parte perfectis, ut nihil amplius ad consummationem desiderent, et in iis, quæ ita consistunt ab initio, ut tamen nondum plane perfecta sint, sed vis eorum adhuc pendeat, constituta est ratio.*

1 QUod ait Paulus, placere exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, significat regulam hanc veterum fuisse, si non eam, quæ reciperetur ab omnibus (ut non omnibus probatam esse constat ex §. *ex contrario, instit. de lega. L. verbis, supr. ad leg. Fal. L. exstimo, supr. eod.*) at certe eam, quæ plurimum reciperetur sententiis, et iam pro iure obtineret, ut proinde ad eam explicandam eius interpretatione opus fuerit. Et regulam iuris fuisse eiusmodi, quam dixi, sciri potest ex *L. pro parte, supr. de ser. L. 3. in fi. supr. de iis quæ pro non scr. hab.* in his enim locis generaliter definitio tradita est, et pro ratione eius, de quo quærebatur, tanquam sententia iuris minime controversi usurpata. Hanc ergo Paulus interpretatur, et ait non esse veram in omnibus. Quibus verbis duo statuit. Ut enim negat in omnibus veram esse: ita eam in quibusdam caussis impro-
2 bans, in aliis veram esse concedit. † Hæc distinctio postulat, ut circa hanc regulam tria hæc explicemus. Primum, an utraque pars huius distinctionis vera sit: quoniam videri possit esse in aliis locis, quod utrique adversetur; adeo varie de hac re in libris nostris scriptum est. Alterum, si utraque vera est, quæ sint caussæ, in quibus res duret: quæ contra, in quibus non duret, cum in eum casum reciderit, a quo incipere non poterat: nam hoc nusquam a veteribus definitum legimus. Tertium, quæ sit distinctionis eius ratio: quæ si nulla reddi possit, necesse sit videri aut in omnibus caussis pariter eam regulam admitti debuisse, aut pariter in omnibus repudia-
3 ri. † Et quin vera sit distinctio, et ea, quæ aliis quoque locis ac sententiis veterum maxime agnoscatur, dubitari non oportet. Volumus pleraque ab initio recte gesta infirmari, si in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant. Multis hoc argumentis iuris confirmatur. Nam si res utiliter promissa eo redierit, ut iam stipulatori dari non possit, quæcumque res sit promissa, et quocumque modo desinat posse dari, magno consensu receptum est in his omnibus corrumpi stipulationem; ut deductam in eum casum, a quo incipere non poterat. Valet hoc in rebus corporalibus promissis omnibus, sive desinant esse in hominum commerciis, sive stipulatoris fiant ex caussa lucrativa. *L. inter, §. sacram, §. si rem, supr. eod. §. item contra, inst. de inut. stip.* Idem placet in servitute ad fundum stipulatoris promissa, si postea stipulator fundi partem alienaverit; quippe qui ab initio pro parte dominii servitutem nec acquirere nec stipulari posset. *L. pro parte supr. de ser.* Valet hoc idem in legatis, sive personæ legatarii, sive rei legatæ mutatio eo rem deduxerit, ut legatum dari non possit. *L. 3. supr. de iis, quæ pro non scr. hab.* Sed et testamentum ipsum constat irritum fieri, si testator deportetur postea, aut adoptione alieno iuri subiici cœperit: quia hoc statu personæ nemo ab initio testamentum recte faceret. *L. si quis filio, §. irritum, supr. de iniust. rup. §. alio, inst. quib. mo. test. infir.* Nec in his caussis ulli loci iuris particulatim dissentiunt. Sed de quibusdam locis, qui adversus regulam initio positam generaliter scripti videntur, dubitari potest. † Nam 4
in §. *ex contrario, inst. de lega.* generalis hæc sententia legitur: *non enim placuit sententia existimantium exstinctum esse legatum, quia in eam caussam pervenerit, a qua incipere non potest.* Generaliter et illud contra scriptum videtur in *L. in ambiguis, §. 1. infr.* de reg. iur. non *est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* Sed non sunt hæc ita scripta, ut in totum verum esse negent, quod recte gestum est, exstingui, etsi in eum casum incidat, a quo incipere non potuit: sed ut significent non recte id in universum definiri; denique multis in caussis falsum esse. *Non placuit*, inquit Iustinianus, *sententia* id *existimantium.* Recte: quia generaliter hoc de-

fi-

finitur, et sine exceptione. Hoc autem falsum est. Sed ut falsum sit non est necesse falsum esse in omnibus; satis est si vel in una specie falsum sit. Cum enim universalis oratio est, si in ea aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit, quod a Dialecticis sumptum positum est a Iuliano in *L. si is qui ducenta*, §. *utrum supr. de reb. dub.* Sed et illud quod dicitur, *non est novum, ut quæ utiliter constituta sunt, durent*; non significat semper et in totum id ita esse, sed multis modis accidere, ut durent; ut proinde si quis id in aliquo statuat, non debeat novum videri. Nam et in L. *non est novum*, *supr. de act rer. dom.* ita scriptum est: *non est novum, ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat*; quod tamen constat non ita dici, quasi qui dominium non habent, omnes et semper alii dominium præbere possint; quod aperte falsum est, et regula iuris nominatim contrarium traditur. *L. nemo plus*, *infr. de regu. iur. L. traditio*, *supr. de acq. rer. dom.* sed hanc significationem habet, non esse id novum, quia pluribus in caussis receptum sit iure, ut fiat, ut postea
5 exemplo creditoris ibidem declaratur. † Potius contrariam esse quis dixerit regulam Iuris Pontificii hanc; *factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, a quo non potuit inchoari* C. factum *de reg. iur. in* 6. Et est contraria omnino, si id sentit auctor, quod verba exprimunt. Excludit enim casus omnes, qui postea incident, et vetat generaliter eos casus infirmare id, quod legitime factum sit. Sed si non de omnibus casibus, a quibus ab initio incipere res non poterat, regula accipienda est, ut non esse accipiendam eius iuris interpretibus placuit, regula non adversatur; admittimus enim et Iure Civili idem servari. Sin auctor hoc sentit, nunquam ea re incidente, a qua negotium incipere non poterat, quod ante recte gestum erat, infirmari; regula falsa est, qua adversus superiora illa, quæ Iure Civili recte constituta sunt, moveri non oportet. Id enim mutare non potuit. Apparetque eius regulæ auctores (si modo id senserunt, quod dixi, quod nolim affirmare) in hanc sententiam adductos esse, ut etiam ex auctoritate Iuris Civilis generaliter ita definiendum putarent, deceptos superioribus illis sententiis, quas retulimus ex §. *ex contrario*, *Inst. de legat.* et *L. in ambiguis*, §. 1. *infr. de reg. iur.* eas enim sic sunt interpretati: quasi illæ vellent, quod semel recte constitutum esset, nunquam eventu ullo rescindi: cum tamen non is sit eorum locorum sensus, ut ostendi. Manebit igitur prius illud, quod supra posuimus, ut forte sententia illa veterum, quod recte gestum sit, exstingui, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest; ut, inquam, sententia hæc non sit perpetua; tamen in multis partibus iuris veram esse, et pro iure certo observari. Sed non minus et illud verum est, quod hic Paulus scribit, non esse eam perpetuam, multisque modis accidere, ut duret, quod semel utiliter constitutum est, quamvis ille casus exstiterit, a quo incipere non poterat. † Quod et ipsum innumeris rebus 6
probari potest: in quibus recensendis ne sim longior, locos ex quibus exempla petantur, indicare contentus ero. Huc ergo pertinent. §. *furiosi. Inst. quib. non est, permis. fac. test. L. oratione*, §. *ult. supra de rit. nupt.* L. 3. *C. de interd. matrim.* L. *donationes in supr. de don.* §. *ex contrario*, *instit. de legat.* Ex variis autem caussis, in quibus regula illa veterum locum non habeat, duo genera profert hic Paulus exempli loco, quo non in omnibus veram esse, ut proposuerat, confirmet. Exempla sunt eiusmodi, in quibus si res ipsa, quæ his continetur spectetur, non fuerit necesse nobis ea attingere: nam de iure stipulationis eius, qua quis viam ad fundum suum stipulatus est, si is decesserit pluribus heredibus relictis (quod prius exemplum est) satis dictum est ad L. 2. §. *ex his supr. eod.* quod autem dicitur de servitute constituta, posse hanc etiam per partem dominii retineri (quod est exemplum posterius) ad servitutis quæstionem pertinet, non stipulationis: et ipsum præterea est iuris explorati. L. *unus*, *supra de ser. rust. præd.* † Sed genus ipsum prohi- 7
bitionis, cuius caussa hæc exempla adducuntur, considerandum est: siquidem videri potest neutrum satis rei propositæ convenire. Quod enim in priore stipulator viæ decedit duobus heredibus relictis, in eo nihil accidit, a quo non recte potuerit stipulatio incipere: cum et plures heredes, ut plures alii domini, servitutem ad fundum communem stipulari possint L. *si unus*, *supr. de ser. rust. pr.* L. *ult. supr. com. prædi.* institutum autem erat docere non semper obligationem exstingui, cum recidit in eum casum, a quo incipere non poterat. Sed et quod in posteriore dicitur per partem dominii retineri posse servitutem, quæ per partem acquiri non potest: non minus et hoc alienum ab instituto videtur. Propositum enim est de obligatione: hic subiicitur exemplum de servitute constituta:

ta: post quam constitutionem nulla est servitutis obligatio. Nam etsi prius aliqua fuisset; tamen tradita et constituta servitute obligatio tolleretur. Et dicendum est, in priore exemplo, cum stipulator viæ decessit pluribus heredibus relictis, si spectemus, id quod fieri iure potuit, non videri stipulationem incidere in eum casum, a quo incipere non poterat, cum et eam possent heredes ab initio stipulari. Sed si spectemus id, quod factum est, videri potest in eum casum incidisse; unus enim solus stipulatus est ab initio. Duobus autem heredibus relictis non potest itidem unus servitutem stipulari ad fundum communem. In posteriore autem specie etsi non agitur de obligatione; quia tamen agitur de ea re, puta acquisitione, quæ incidit in eum casum a quo incipere non poterat, non minus exemplum ad propositionem pertinet. Cum enim initio ita scribit, *non tamen hoc in omnibus verum est*: id sic accipi debet, quasi ita diceretur; non tamen huiusmodi sententia in omnibus rebus vera est: ut sit, *hoc*, demonstrativum non substantiæ, sed qualitatis; significeturque non hæc ipsa sententia de qua in specie dictum est, sed omnis huiusmodi, qua placeat rem aliquam exstingui, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest. Hæc, inquam, sententia quæ a veteribus in obligatione usurpata est, non in omnibus caussis vera est, sive sit obligatio, sive res alia quælibet, quæ in eum casum quem diximus, inciderit. Nunc redeo ad distinctionem. Verum est igitur utrumque illud, quod Paulus hic significat, nec minus cum aliis partibus iuris convenit, interdum ea quæ utiliter gesta sunt, dissolvi, cum in eum casum reciderunt, unde incipere non poterant; interdum non eo minus durare.

8 † Sed parum profuerit id intelligi, nisi sciverimus, quæ sint caussæ, in quibus res gesta ob eam caussam resolvatur: quæ contra, in quibus non resolvatur. Deinceps ergo de eo statuendum est. Et videndum est, utrum negotium de quo agitur, perfectum sit omni ex parte, ut nihil amplius desideret ad consummationem; an ita consistat ab initio, ut tamen nondum plane perfectum sit, sed ius eius adhuc pendeat. Perfectum dicimus, quod eum finem, ad quem destinatum erat, iam consecutum est. Pendere autem, nec plane perfectum esse id, quod alicuius rei caussa institutum, nondum ad suum finem et effectum pervenit. Ut puta, donatio, omnisque translatio rei, negotium in se perfectum habet: quia earum rerum finis hic est, ut res fiat accipientis. Hoc autem traditione rei dominii transferendi caussa interposita statim perficitur. Idemque de servitutis constitutione dicendum est. Huic enim propositum est, ut servitus in alieno fundo esse incipiat, quæ debeatur nostro. Hæc autem statim esse incipit, postquam constituta est. Contra stipulatio, et contractus omnis, item testamentum, et legata, ac fideicommissa: omnia sunt eius generis, ut cum ab initio utiliter constituta fuerint, non statim tamen plene perficiantur, sed ius eorum adhuc pendeat. Nam et stipulatio eo contrahitur, ut quid detur aut fiat, ac nisi id sequatur, stipulatio sit inutilis. *L.* 2. *L.* 5. §. *stipulatio*, *supr. eod.* et testamentum instituitur, ut quis ex eo exsistat heres; sine quo testamentum sit irritum. *L.* 1. *supra*, *de in. rup.* Nec minus in legatis aut fideicommissis, quam in stipulationibus, id agitur, ut quid in legatarium aut fideicommissarium conferatur: quo non dato nullum relictum est. *L. legatum*, *supr. de legat.* 1. De negotiis plane confectis sine exceptione ita definiemus, quæ utiliter ita constituta sunt, ut ad consummationem nihil desiderent, sed ad finem et effectum suum iam pervenerint, nunquam hæc eventu infirmantur ideo, quia ille casus exstiterit, a quo incipere non poterant. Argumento sunt donatio semel perfecta, servitus prædio recte constituta. Donatio inter virum et uxorem non valet. L. 1. 2. 3. *supra*, *de donat. int. vir. et ux.* Si ante nuptias recte quid donatum sit, placet non ideo infirmari donationem, quia matrimonium inter easdem personas postea contractum fuerit. L. *donationes*, *supr. de don.* erat enim iam ante donatio omni ex parte perfecta. De servitute autem hic scriptum est, non posse hanc fundo acquiri ab eo, qui pro parte dominus sit; acquisitam tamen et per partem dominii conservari: idest, retineri etiam tunc, cum dominus partem fundi alienavit, quamvis hic recidat acquisitio in eum locum, unde incipere non potest: scilicet, quia acquisitio servitutem dedit: hæc autem acquisitione solum quærebatur. Quod si negotii gesti ius adhuc pendet; hic demum locum habet illa varietas, de qua diximus, ut interdum exstinguatur res, cum in eum casum incidit, a quo incipere non poterat; interdum non exstinguatur. Utrum autem horum fiat, non ex genere negotii, sed ex conditione casus postea intervenientis æstimandum est. Nam quod postea incidit, aliud atque aliud ius postulat. Quare in hoc genere hæc brevis distinctio tenenda est. Videndum est, ille casus, in quem postea ne-

go-

gotium incidit, utrum is sit, qui impediat, quominus negotium recte cœptum ad exitum et finem constitutum perducatur; an vero is, qui non impediat: ut si impedit negotium resolvatur; si non impedit, duret negotium non minus, quam si nihil omnino evenisset. Utriusque partis exempla suppeditant contractus, testamentum, et quæ hic relinquuntur legata aut fideicommissa. Quid est enim, cur in stipulationibus si res promissa sacra aut religiosa facta sit, aut liber homo servus, obligatio exstinguatur *L. inter*, *§. sacram*, *supr. eod.* si autem eadem re manente stipulator furere cœperit, duret stipulatio nihilominus? *Arg. in §. furiosi. Instit. quib. non est per fac. test.* nam utrumque est eiusmodi, ut ab eo stipulatio incipere non potuerit. Non alia caussa est, quam quod stipulatione contracta hoc etiam superest ad rem perficiendam, ut res promissa detur, non ut quidquam amplius de eadem re conveniat. Impeditur autem hic finis, cum res venit in eum locum, ut desinat posse dari, non etiam cum stipulator mentis compos esse desiit: facultas enim dandi una cum iudicio non amittitur. Qua ratione placuit et eum, qui viam ad fundum suum stipulatus, eius fundi deinde partem alienavit, corrumpere stipulationem: quia iam ex illo via illi dari non potest. L. *pro parte*, *supra*, *de ser. L. unus*, *supra*, *de ser. rusticor. prædior.* Cum si stipulator in furorem aut aliam alienationem mentis incidisset, nemo tamen diceret promissorem ideo liberari: cum et furioso per curatorem dari possit. Hac ipsa de caussa et in testamento rite facto evenit, ut cum postea quædam inciderint, a quibus consistere initio non poterat, tamen alias duret, alias irritum sit. Nam si quid postea in persona testantis accidat, quod ei iudicium adimat, non eo minus valet testamentum: ut si furiosus factus sit, aut prodigus, aut mutus et surdus: quo tamen statu ab initio si esset, testamentum facere non posset. *§. furiosi*, *§. item prodigus*, *§. item surdus*, *instit. quib. non est permiss. fac. testamen.* Eidem damnato si publicatione adimantur bona, aut si potestati alienæ ipse subiiciatur: testamentum irritum fieri constat uti nec ab initio hoc statu personæ testamentum potest facere. *L. eius*, *§. 1. supra*, *qui testamen. fac. poss. L. 6. §. irritum*, *supra*, *de inoffic. testamen. §. alio*, *instit. quib. mod. testamen. infir.* Scilicet quia testamento cæteris rebus ab initio recte confecto, tamen hoc etiam ad vim eius superest, ut exitum habeat; idest, ut hereditas, et quæ cætera illic relicta sunt, ex eo capiantur. Hoc autem quominus eveniat non impedit furor postea interveniens, aut administratio bonorum, seu orationis facultas adempta: quandoquidem et post illa nihilominus testator bona sua retinet. At impedit bonorum amissio, si quis in totum facultate aliquid habendi excidat: hac enim amissa nihil relinquitur, quod ex testamento capi possit. In legatis hæc eadem distinctio et ratio potest observari. Si servo alieno quid legatum sit, legatum valet. Quod si postea a testatore servus sit redemptus, legatum exstingui placet; quia ab initio servo proprio legari non posset. *L. 3. in fin. supra*, *de his quæ pro non scr. hab.* Et tamen si debitor quod in diem aut sub conditione debet, leget creditori, ita legatum valet, ut quamvis vivo testatore dies venerit, aut conditio exstiterit, nihilominus tamen placeat consistere legatum; tametsi ab initio quod pure debitum esset, inutiliter legaretur, *§. ex contrario*, *Instit. de leg. L. verbis*, *supra*, *ad leg. Falc.* Et cur hæc tam varie in legato, cum utrobique exstiterit ille casus, a quo legatum non poterat incipere? Non alia ex re omnino, quam quod in priore specie, id quod accidit, impedit ne legatum exitum habeat: hoc enim etiam post legatum relictum restabat, ut id daretur: dari porro servo proprio nihil potest. In posteriore autem id quod postea accidit, non modo non impedit, quominus legatarius ad rem legatam perveniat, sed etiam quo magis eam consequatur, facit. Quod enim ante debebatur, id creditori legatum est. Etsi maxime inter moras debitum purum esse cœperit: tamen eius consequendi caussa ad veterem actionem accedet nova actio ex testamento. Hæc facit, ut debitor magis teneatur, et sit debitori ad suum consequendum facilior via. Quod ni ita esset, non essent plures actiones adversus furem proditæ: quæ ea tantum gratia proditæ sunt, ut pluribus actionibus magis teneretur, *§. sic itaque*, *Instit. de act.* † Sed hac di- 9
stinctione constituta, ratio differentiæ tertio loco quæritur: qua non intellecta non videantur fortasse hæc genera recte distingui, cum in omnibus pariter res incidat in eum casum, a quo initium capere non potuit. Hæc vero ex his, quæ diximus, non est admodum obscura. Præterita enim, et quæ iam facta sunt, infecta fieri non possunt: *L. in bello*, *§. facti*, *infra*, *de capt.* futura autem impediri possunt, ne fiant. Proinde si quid ita perfectum erit, ut nihil futuri ad perfectionem desideret: neces-

se

se est, quicunque casus postea inciderit, unde incipere non posset, omni modo id quod gestum est, durare: quia nec præterita et iam facta per se mutari possint; nec in eo quod gestum est, sit quidquam futuri, quod possit impediri, quo facto necesse sit etiam quæ antecesserunt, per consequentiam interire. Sed etsi in re erit futuri aliquid, quod desideretur ad consummationem, etiam hic necesse est manere, quæ ante gesta sunt, si quod postea accidit, non sit impedimento quominus id quod desideratur, eveniat. Sic enim fit, ut præterita per se ideo maneant, quia infecta fieri non possint: et a futuris non corrumpantur, quia hæc nullo casu impedita suum exitum nanciscantur. Quod si id quod reliquum erat ad rem perficiendam, impedietur aliquo casu, a quo nec res incipere potuisset: hic primo eveniet, ut quod deerat, non possit exitum habere: per consequentiam autem fiet necessario, ut quæ ante transacta erant, una resolvantur; quia hæc sine eo, quod sequi oportebat, consistere non potuerunt.

Ad L. Si servus, in pr. et §. 1. ult.

Dixi ad L. si stipulatus fuerim, 76. supr.

Ad §. Pupillus licet ex quo fari.

Pupillus licet ex quo fari cœperit, recte stipulari potest: tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero qui in potestate est proinde ac si paterfamilias obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est.

SUMMARIA.

1. *Filiofamilias eadem omnia, quæ patrefamilias, eadem lege, iisdemque conditionibus tribuuntur.*
2. *Regula in filiofamilias notanda.*
3. *Filiusfamilias quamvis impubes nullo auctore recte stipulatur.*
4. *Filiusfamilias pubes etiam nullo auctore recte promittit, et promittendo obligatur.*
4. *Filiusfamilias impubes nullo modo ne patre quidem auctore potest obligari, et cur diversum in pupillo impubere, qui tutore auctore obligatur.*
6. *Tutoris auctoritas ad pupillum obligandum cur potissimum adhibeatur.*
7. *Filiusfamilias impubes hereditatem sibi delatam, quæ ei quæritur, adeundo, patre auctore obligatur, et cur hoc singulare in hac specie.*

1 QUod paterfamil. gerere, et contrahendo efficere potest, id et filiofamil. tributum est, ut possit, cuiuscunque sit ætatis: iisdem tamen conditionibus. Etsi enim hic potestati alienæ subiicitur: civis est tamen non minus, eodemque iure in rebus omnibus, præterquam in eo, quod patri acquiritur, uti debet. Inde dictum, filiumfamil. ex omnibus caussis tamquam patremfamil. obligari, et ob id agi cum eo tamquam cum patrefamil. posse L. *filiusfamilias, supr. prox. tit.* Si obligari potest, quanto magis acquirere? Sed expendendum est, quod dicitur, obligari eum tanquam patremfamil. Quod significat ubi patremfamil. non obligaretur, ibi futurum, ut nec filiusfamilias obligetur: non quia filiusfamilias sed quia res obligationem prohibeat; omninoque quod initio dixi, tribui filiofamil. eadem omnia, sed eadem
2 lege, iisdemque conditionibus. † Proinde in eo hæc regula servanda est, ut si quæ paterfamil. gerere potest sine alterius auctoritate, ea et filiusfamil. recte gerat nullo auctore. In quibus autem patrifamilias tutore aut curatore opus est, hæc non possit filiusfamilias gerere; qui tutorem aut curatorem habere non potest, quorum auctoritate in hac re utatur. Ex hac regula est illa distinctio, quam Caius hoc loco tradit in filiofamilias impubere et pubere cum in acquirendo, tum in se obligando. † Ergo 3
si de stipulando agitur: etiam filiusfamilias quamvis impubes, si fari possit, recte stipulatur, et stipulando acquirit vel sibi vel patri iuxta distinctionem bonorum traditam *Inst. per quas per no. ob. acq.* multoque magis pubes filiusfamilias. Nec his obstabit, quod tutorem aut curatorem non habeant, eoque et illis necesse sit sine his auctoribus stipulari: non enim hic ullus auctor desideratur. Nam nec patrifamilias etiam impuberi necessaria est ad acquirendum tutoris curatorisve auctoritas; sive hos habeat, sive non habeat. *Inst. de auct. tut.*
† Sed etsi de obligando filiofamil. agetur 4
ex eadem regula etiam filiusfamilias pubes nullo auctore recte promittet, et promittendo obligabitur, ut hic significatur: nam et in patrefamilias pubere, qui curatorem non

non habeat idem fieret. L. 3. *C. de in int. rest. mi. L. puberes supr.* Omnis autem filiusfamil. hoc ipso, quod est in potestate patris curatorem ideo non habet, quia nec
5 potest. *Inst. de tut. in pr.* † Quod si filiusfam. impubes erit; convenienter superiori regulæ placet eum, quamvis fari posset, nullo modo posse obligari. Scilicet quia si sui iuris esset, non posset obligari sine tutoris auctoritate. Iam autem dixi eum, qui in aliena potestate est, tutorem habere non posse. Quid, si pater auctor fiat? hic scriptum est, pupillum seu impuberem qui in aliena potestate est, ne auctore quidem patre obligari. Idem in §. *pupillus, in fi. Inst. de inut. stip.* Sed cur non potius obligetur auctore patre impubes, qui tutore auctore obligari potuit: cum multo maior sit solicitudo patris de commodis filii, et in his procurandis multo fidelior opera, quam tutoris cuiuslibet, quantumvis amici et frugi in rebus pupilli extranei? Quia deest in patris auctoritate id, cuius caussa tutoris auctoritas quæsita est, et sine quo non obli-
6 garetur pupillus. † Non enim placuit ad pupillum obligandum adhiberi auctoritatem tutoris propter fidem tantum et prudentiam consilii quæ fit in tutore, quo scilicet monitus pupillus cautius se obliget, ac deinde viderit, quomodo se ea obligatione expediat: alioqui sufficeret ubique auctoritas patris, in quo illa esse solent etiam maiora; sed eo præcipue, ut si forte obligatus erit pupillus tutore auctore, ubi non debuit, cautum sit eo nomine pupillo, qui hoc damnum sarciet a tutore iudicio tutelæ, ut est necessitas eius muneris, et obligatio administrationis *L. 1. supr. de tut. et rat. dist.* Nulla huiusmodi cautio a patre, qui filium pupillum in potestate habet, si is promittenti auctor fuerit. Non enim obligatur pater eo nomine impuberi: cum neque ulla necessitate muneris ei teneatur, neque hoc facto cum illo quidqam contraxerit, et si contraxisset, tamen nulla actio nasci possit inter patrem et filiumfamilias in ea re, quæ a patre proficiscatur, §. *hi qui. Inst. de obl. quæ ex del.* Hæc sententia olim
7 fuit perpetua. † Nec impediebatur eo, quod impuberem, qui in aliena potestate est, placebat hereditatem sibi delatam auctore patre adire posse: tametsi hanc aditionem necesse erat sequi obligationem æris alieni. L. *more, in princ. et §. ult. supra, de acquir. her.* ut enim ibidem declaratur, id tum locum habebat, cum hereditas patri quærebatur. Quo casu metuendum non fuit, ne videatur obligari impubes auctore patre; cum quæsita patri hereditate ipse obligaretur, non filius. Itaque mirum non est, si hic generaliter et sine exceptione definitur, pupillum, qui in patris potestate est, ne autore quidem patre obligari. Postquam autem cœpit hereditas adventicia acquiri filiofamilias ex constitutionibus, simul etiam in eo genere a superiore regula discedi cœptum est. Placuit enim etiam nunc non minus quam ante, hereditatem impuberi delatam, quæ et illi quæreretur, auctore patre ab impubere adiri posse, ut et ipse tanquam heres æri alieno obligaretur. *L. si infanti, §. ult. C. de iur. delib. L. ult. §. ubi autem, C. de bo. quæ lib.* Idque utilitate impuberum ita exigente: quibus dum huius aut illius adhibita auctoritate quam maxime consulatur, sententiæ legum veterum satisfactum est, quibus hoc solum propositum est, ut sit consultum pupillo. Ergo cum de impubere solum obligando agitur, recte fit, quod non admittitur patris auctoritas ad eam rem, quam constat per se ad nullam aliam rem, quam ad impuberem onerandum pertinere. At in hereditate adeunda longe aliter accidit. Ita enim hanc adeundo obligat se æri alieno impubes, ut per consequentiam solum id fiat; principaliter autem in eo de acquirenda hereditate eiusque commodi agatur. Neque vero propter exiguum aliquod onus æris alieni adiunctum debet maius commodum et certius omitti. Curari igitur debuit, ut impuberi, quod sine eius incommodo fieret, acquireretur hereditas. Et quoniam ad obligationem æris alieni suscipiendam alicuius auctoritate opus est, nec potest tutor auctor fieri ei, qui tutorem non habet: prius quam amittatur pupilli utilitas, satius esse visum est adhibere hic auctoritatem patris, quam nullam. Non est enim in ære alieno damnum, si hoc deducto superest maius aliquid, quod pupillus ex hereditate consequatur. Quod si forte etiam hereditas, postquam adita erit, videbitur onerosa pupillo, ne sic quidem ei aditio nocebit. Potest enim, cum sui iuris factus erit, aut cum adoleverit, petere in integrum restitutionem, *d.* L. *ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.*

Ad §.

Ad §. Si ita fuero stipulatus.

Si ita fuero stipulatus, *mihi aut Titio?* et tu mihi daturum te spondeas: secundum omnium opinionem ad interrogatum te respondere: quia constat mihi soli adquiri obligationem: Titio autem dumtaxat recte solvitur.

S U M M A R I A.

1. *Stipulationi huic, Mihi aut Titio dabis? si mihi te daturum respondeas, cur diversitas responsionis noceat; ut nocet, si Stichum aut Pamphilum stipulanti alterum te daturum promittas, et quid inter haec duo stipulationum genera intersit.*
2. *In stipulatione proposita an, quod ad obligationem pertinet, ad interrogatum satis responsum videatur.*

1 QUI ita interrogatus, Stichum aut Pamphilum dabis? respondet alterum se daturum, non obligatur: quia nec ad interrogatum respondit. *L. inter*, §. *si stipulante*, *L. si duo*, *supr. eod.* Quidni igitur, et eum, qui ita interrogatus, mihi aut Titio dabis? respondet se mihi daturum, dicamus eadem ratione non obligari, quasi et hic de duabus personis interrogatus disiunctim, et de una tantum respondens ad interrogatum non responderit? Et Caius hoc loco eum, qui posterius hoc fecerit, ex omnium sententia ad interrogatum respondisse ait. Ex quo efficitur et eum stipulanti obligari. Sed cur hic ad interrogatum potius, quam ille, qui de duabus rebus disiunctim interrogatus de una tantum respondit? quia, inquit, ex hac stipulatione, mihi aut Titio dabis, *mihi soli acquiritur obligatio*, *Titio autem dumtaxat recte solvitur.* Qua ratione intelligi voluit quid intersit, utrum res plures deducantur disiunctim in stipulationem, quae dentur, an disiunctim plures personae, quibus detur, stipulatoris nimirum et alterius. Nam cum ita stipulor, Stichum aut decem dabis? utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem, ut Paulus scribit in *dict. L. si duo*, *supr.* ideo et de utraque oportet similiter responderi: ne si de altera tantum responderimus, efficiatur alia obligatio. Cum autem mihi aut Titio dari stipulor, mihi soli ad obligationem stipulor; Titii persona ad solutionem solum adiicitur. Sentit autem Caius satis esse de eo respondere, quod ad obligationem ponitur, ut videatur promissor ad interrogatum respondisse. Et vero nisi id sumitur, ac conceditur Caio, ratio eius plane concidet.

2 † Sed videamus, ne hoc ipsum falsum sit. Toties enim ad interrogatum responsum non videtur, vitiaturque stipulatio, quoties alia conditio est obligationis ex diversa responsione, quam futura esset, si per omnia eodem modo responsum esset. *L. 1. §. si quis simpliciter*, *supr.* Atqui cum stipulor mihi aut Titio, alia conditio esse videtur obligationis, si simpliciter idem respondeas; alia si mihi solum te daturum promittas. Nam ex priore stipulatione licet tibi solvere Titio, etiam me invito. Ex posteriore non licet alii, quam mihi. *L. vero. L. antep. infr. de sol.* Sed non efficitur hoc modo diversa conditio obligationis. Nam et ex priore stipulatione mihi solum obligaris non secus, quam ex posteriore: sed alia est potestas solvendi: haec obligationem non mutat. Nam et alii solvendo perinde est, quasi mihi solvisses, cum voluntate mea solveris. *L. solutam*, *infra de sol. L. restituta*, *supra ad Treb.* Sed etsi quis istarum stipulationum diversam conditionem in obligatione ipsa esse concederet: tamen voluntate promissoris pro eadem haberi oportet. Titii enim persona promissoris solius caussa adiicitur, dum eius commodati in solvendo hoc modo consulitur. Licuit ei quod sua caussa adiectum est contemnere, et mihi soli promittere se daturum. *L. si Iudex*, *supr. de iud. L. pen. C. de pac.* Nam etsi ab initio stipulanti mihi aut Titio, eodem modo spopondisset: liceret ei Titio contempto mihi solvere. Nec obstabit stipulationi, quod interrogatione mea me et Titium sum complexus. Nam de Titio cavi solum sub conditione, si promissor pro commodo suo ei solvi mallet. Caeterum eo nolente ut utilius mihi est mihi soli mea voluntate solvi posse, sic ad voluntatem meam magis pertinet.

Ad §.

Ad §. Si inter eos.

Si inter eos qui Romæ sunt, talis fiat stipulatio: *Hodie Chartagine dare spondes?* quidam putant non semper videri impossibilem caussam stipulationis contineri: quia possit contingere, ut tam stipulator quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, ut daret: stipulator autem suo, ut acciperet. Quod si ita factum fuerit, poterit valere stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Temporis in stipulatione contrahenda expressi angustiæ quatenus noceant stipulationi.*
2. *Legatis cur spacium temporis ad dandum impossibile non noceat.*
3. *Contractuum cæterorum, quamvis bonæ fidei, conditione aut spatio temporis ad dandum aut faciendum impossibili adiecto, eadem, quæ stipulationis, est ratio.*

1 SI quis Romæ ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes, inutilem esse stipulationem placet. *L.* 2. §. *qui ita*, *sup. de eo quod cer. lo.* §. *loca*, *Inst. eod.* Optima ratione, quia repromissio seu præstatio sit impossibilis, ut adiicitur in *d.* §. *loca.* Neque enim qui Romæ est, intra unum diem pervenire potest Carthaginem: ac nisi eo pervenerit ipse vel alius eius nomine, Carthagini dare non potest vel per se, vel per alium. Hoc ita esse docemur hoc loco, nisi stipulator et promissor eo die, quo stipulatio interposita est, dispensatores aut procuratores suos Carthagini habuerint, quibus multo ante notum fecissent stipulationem eo die futuram: ac demandasset promissor quidem dispensatori suo, ut pecuniam eo die daret stipulatoris dispensatori; stipulator autem suo, ut ab illo acciperet. Sic enim eveniet, ut et promissor per alium dare possit, et stipulator per alium accipere eodem ipso stipulationis die. At ne hoc quidem modo, dixerit quispiam, id consequimur, ut tu mihi des Carthagini: cum neuter nostrum eo die Carthagini fuerit, sed Romæ, ubi a te sum stipulatus. Sed non ideo minus mihi abs te Carthagini dari potest. Non potest per nos ipsos, qui ibi non sumus; at potest per alios. Is solvisse intelligitur, qui per alium solvit, idest, cuius nomine vel procurator, vel alius quivis pecuniam numeravit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* et accepisse is, qui accepit per alium, idest, cuius voluntate alii solutum est, vel procuratori, vel cuivis alii. *L. solutum*, §. *solutam*, *supr. de pig. act. L. solutam*, *inf. de sol.* Quod si contrahentes aut nullum dispensatorem, procuratoremve Carthagini eodem die habuerint, aut cum haberent, non multo ante iis de stipulatione eo die interponenda significaverint; manet ea impossibilitas præstationis, de qua diximus, quæ et inutilem facit stipulationem. † Cur 2
non igitur et illud legatum inutile esse dicimus, cum is, qui moriens Romæ testamentum fecit, eo testamento iussit heredem suum triduo post, quam mortuus fuerit, dare mihi servos, quos Gadibus habebat? nam nec hic intra triduum servi Gadibus dari possunt. Et tamen placet ratum esse legatum, et angustias temporis nihil legato nocere. *L. si mihi*, 12. §. 1. *sup. de leg.* 1. Multum inter supremas voluntates et stipulationes ac reliquos contractus interest, cum de impossibili conditione aut spatio temporis ad dandum impossibili agitur. In testamentis conditio impossibilis institutioni aut legato adiecta non nocet; quia pro non adiecta habetur, §. *impossibilis*, *Instit. de her. inst.* Hac ipsa de caussa nec nocebit dies, cuius angustiæ impossibilem præstationem, efficient, in quam sententiam de superiore specie legati responsum est. In stipulationibus autem cæterisque contractibus hoc servatur, ut impossibili conditione adiecta, quoniam hæc retinetur pro commodo promissoris, omnes nullius sint momenti. *L. non solum*, *supr. prox. tit.* Cuius differentiæ rationem exposuimus ad L. *impossibilis*, 7. *supr.* Quo recepto, idem et de tempore dandi aut faciendi adiecto, intra quod res per rerum naturam præstari non possit, probandum fuit. † 3
Nec in hac re alia caussa est stipulationis, alia cæterorum contractuum, quamvis sint bonæ fidei: uti nec in conditione impossibili alii ab aliis distinguuntur *d. L. non solum*, *supr. prox. tit.* Nam etsi insulam ædificandam tibi locavero, et in operis locatione convenerit, ut intra certum tempus efficeres, brevius quam ut intra id natura effi-

effici posset, ac nisi ita factum esset, quanti mea interfuisset mihi promiseris: et conventionem inutilem esse placet, et pœnæ stipulationem. *L. insulam*, §. 1. *supr. loc.* Nec obstat, quod ibidem in eadem specie dicitur, nihilominus obligationem inter nos contrahi, quatenus vir bonus de spatio temporis æstimasset. Animadvertendum est enim in superiore locatione duas esse conventiones: unam, in insulam ædifices; alteram, ut intra certum tempus. Sic enim in *d. L. insulam.* §. 1. species facti proponitur: *in operis locatione erat dictum, ante quem diem effici deberet.* In quibus verbis præcedit operis locatio; huic subiicitur dictum, seu conventum de tempore operis absolvendi. Posterior hæc conventio tanquam impossibilis non valet. Sed hac sublata, prior remanet, ut tu insulam ædifices. Ad quod faciendum cum tempore opus sit, quod tacite inesset etiam eiusmodi stipulationi, *L. interdum*, *L. continuus*, §. *item qui*, *supr. eod.* et de eo nihil cautum sit, id tempus esse intelligetur, quod vir bonus æstimabit. Atqui id etiam in stipulatione insulæ fieret. In quo quod tempus statuendum sit, traditur in *L. si ita*, 14. *et d. L. continuus*, §. *item supr.*

Ad §. Cum mihi, aut Titio.

Cum *mihi aut Titio* stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam aliam in Titii designari non posse, veluti *mihi decem*, *aut Titio hominem.* Si vero Titio ea res soluta sit quæ in eius persona designata fuerit: licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit.

SUMMARIA.

1. *Stipulatio hæc, Mihi aut Titio dabis, quatenus in persona Titii valeat.*
2. *Quæstiones huius loci, et dubitandi ratio.*
3. *Stipulatio hæc, Mihi decem, aut Titio hominem dabis, an utilis.*
4. *Tempora in stipulatoris et adiecti persona an diversa designari possint.*
5. *Conditio in stipulatoris et adiecti persona an variari possit, et quæ in variatione hac exigantur.*

1 Hanc stipulationem valere constat, mihi aut Titio dabis: in persona tamen Titii hactenus, ut conferatur in eum solutio, non etiam ei obligatio acquiratur, quod regula iuris prohibet, §. *plane*, *Inst.*
2 *de inut. stipul.* † Hinc quæsitum est, an recte adiiciatur persona Titii, si in personam meam aliam rem stipuler, aliam in Titii hoc modo; mihi decem aut Titio hominem dare spondes? Quæsitum et de tempore, utrum in personam meam stipulari possim alio tempore dari; in personam Titii alio; veluti mihi Calendis Ianuariis aut Titio Calendis Februariis dabis? Idem et de conditione quæsitum est, si in unius persona pure stipuler, in alterius sub conditione, aut in utriusque sub diversis conditionibus. Movet dubitationem in his omnibus, quod ubi alia res est, aliave caussa in persona Titii, non tam eius obligationis, quæ in mea persona constitit, solutio, quam nova obligatio vel obligationis forma in persona Titii induci videtur, quod non licet. Et hic aliud de re placuit veteribus, aliud de tempore, aliud de con-
3 ditione. † De re ita statuerunt, non posse aliam rem in personam meam, aliam in Titii designari. Non immerito. Cum enim non sit solutio, nisi rei debitæ, *Inst. qui mo. tol. ob.* nec ex hac stipulatione alia res debeatur, quam quæ in persona mea designata est: conficitur alterius rei, quam huius ipsius solutionem in Titium conferri non posse. Nam quæ alia in persona eius designabitur, ut nec ei deberi potest, quoniam illi acquirere non potui; nec mihi, quoniam mihi non sum stipulatus: sic nec solvi omnino vel mihi, vel alii, quæ in totum non debeatur. Sed ipso iure hoc ita esse scribit Caius, sive hoc de sententia eorundem veterum adiicit, sive de sua. Cæterum promissorem qui alia re Titio soluta ipso iure non liberetur, per exceptionem defendi posse. Quod et ipsum recte constituitur. Etsi enim ius ipsum solutionem exigit, ut recte in Titium adiectum ea conferatur, nec alterius rei solutio est, quam quæ debetur: attamen si convenerit etiam extra stipulationem, ut aliud pro alio quamvis Titio solvatur, conventio servanda est. Porro cum stipulor mihi decem aut Titio hominem dari, hoc convenisse intelligitur, ut pro pecunia mihi debita homo solvatur Titio. Hinc pacti exceptio promissori, si Titio hominem solverit iuxta conventionem. † Quod ad tempus attinet, 4
placuit tempora diversa in utriusque persona designari posse. Et recte: quodcunque enim tempus adiectum erit, quo Titio solvatur, erit eiusmodi, ut conveniat cuiusvis rei

rei ante debitæ solutioni, quocunque tandem modo debita fuerit, non repugnante obligationis natura. Nihil enim prohibet, quominus quod mihi statim debetur, solvatur vel mihi vel alii postea. Contraque si quid mihi in diem promissum est, nihil vetat, quominus ex conventione solvatur alii citeriore die, cum et mihi eodem modo solvi potuerit. † De conditione hæc summa est, et in ea adiicienda in utriusque persona variari posse, ut quod pure mihi stipulor, possim Titio adiecto stipulari sub conditione, et contra nec minus in utriusque persona diversæ conditiones designari possint, ut possit Titio recte solvi: dummodo tamen in omni hac variatione duo concurrant. Ante omnia exigimus, ut mihi prius debeatur, quod illi solvi possit: quod ita fit, si aut pure mihi dari sim stipulatus, aut sub conditione, quæ postea exstiterit. Nam si mihi sub conditione aut Titio quamvis pure stipuler, et conditio in personam meam designata defecerit, inutilis erit tota stipulatio. *Scilicet*, inquit Caius, *quod nisi a me vim acceperit obligatio, adiectio nihil potest valere.* Ubi pro, *nisi quod*, quæ lectio ad Pandectarum Florentinarum, legendum est, ut in aliis exemplaribus, *quod nisi*, et illud, *quia*, quod legitur in iisdem Pandectis, ut semicirculis inclusum, et supervacuum reiiciendum. Sententia autem est manifesti iuris, ubi a me non cœperit obligatio, ibi adiectionem non valere; quia ubi non sit, quod debeatur, ne illud quidem esse possit, quod solvatur vel mihi vel alii. Confirmatur sententia in *L. quæcunque gerimus, supr. prox. tit.* Alterum concurrere oportet, ut quod mihi deberi cœpit, id aut pure Titio stipulatus sim, aut si sum stipulatus sub conditione, hæc quoque exstiterit. Nam hac deficiente solutio in illum non est collata: cum ita demum collata sit, si illud aut illud factum fuerit. Quo casu ita Titii persona pro inutiliter adiecta habebitur, ut nihilominus in mea persona utiliter procedat stipulatio. Nam etsi quæ hic essent stipulationes, ambæ obligationis acquirendæ caussa interpositæ, una utilis, et altera inutilis, nunquam tamen vitiaretur utilis per alteram inutilem. *L. 1. §. pen. sup. eod.* Multo minus, cum una erit stipulatio ad obligationem comparata, quæ in persona mea constitit, ea vitiabitur propter inutilem adiectionem solutionis: cum constet, quod mihi debetur mihi solvi posse, etsi alii non possit. Denique principali caussa non consistente fit, ut nec consistat accessio: non etiam accessione inutili constituta, principalis caussa tollitur, cum hæc a se habeat, ut sit, non ab accessione, *Ar.* L. *cum principalis infr. de reg. iur.*

HUGONIS DONELLI
VELL. RUSSARDI
JURISCONSULTI
COMMENT.
AD TITULUM D. DE VERBORUM SIGNIFICATIONE.

Ad L. Verbum. 1.

Ulpianus libro 1. ad Edictum.

Verbum hoc si quis, tam masculos quam fœminas complectitur.

SUMMARIA.

1. *Verbum*, quis *veteres etiam in fœminino genere usurparunt.*
2. *Pronuntiatio masculini sexus in his vocibus* puer, pupillus, filius, frater, libertus *porrigitur et ad fœmininum; et quare.*
3. *Quibus ex caussis fœmininum masculino non continetur.*

HUC *L.* 1. *Si quis ius dicent. non obtem. at L.* 1. *Siquis in ius vocat*, *non ier.* Siquis subaudi, si quæ vel qua.
1 Not. quod † veteres, *quis*, etiam in fœminino genere usurparunt. Plaut. *Quis ea est, quam vi uxorem ducere.* Terent. in Eunuch. *Hanc nostram quisquam oculis non vidit*; quisquam pro quæquam. Loquitur enim de ancillis. Ad hanc L. pertinet. *L. pronuntiatio infra h. tit. L. qui duos, sup. de Legat.* 3. ait ibi, *semper* pro *plerumque.* Huc *L. iusta h. t. L. detestatio. L. inter stuprum in fin. h. tit.* quæ iungenda est cum *L. servis* 81. *de leg.* 3. *et L. patroni*, *h. tit. et* L. 66. *et* 20. *de adquir. her.* ex quibus legibus sumuntur exempla ad *d. L. patroni.* Huc etiam *L. liberti h. t. et L. quisquis*, *et L. servus*, *h. t.* cum qua coniungenda, L. 46. *de legat.* 2. *et L. si quis ita*, 16. *de testam. tutel.* Huc
2 † etiam *L. illa verba h. t.* in qua ostenditur, quod veteres *puer*, communi genere usurpant: Exemplum ex Nævio, *prima incedit sceleris Proserpina puer.* Lucius in veter. Idyll. *mea puer quid verbi ex te audio.* Et ibidem, *Saturni filia sancta puer.* De his Priscian. *Lib.* 6. Ego ad rationes *L. illa verba* et hanc addendam puto, quæ traditur in *L. pueri in fin. h. t.* Ait: *pueri* appellatione utimur, cum puerilem ætatem significamus, ea autem tam puellis quam pueris communis est. Sic Ovid. usurpavit 6. *Metamorph.*

Tantaque simplicitas puerilibus adfuit annis.

Sic etiam hominis appellatio communis est, L. *hominis*, *h. t.* Itaque illa L. *illa verba*, non est commodum exemplum ad hanc L. 1. quoniam pueri appellatio per se communis generis est. Aliud exemplum in L. *hæc autem*, *de Adopt.* ubi pupilli appellatione pupilla continetur, Arrogator satisdat iis, ad quos bona arrogati perventura erant, si in eodem statu mansisset, illa satisdatio non minus pupillæ quam pupillo præstatur. Aliud exemplum in L. *qui duos*, *de legat.* 3. *et* L. *si tibi* 23. *C. de liber. caus.* ubi pro filiabus legendum est filiis, et L. 3. *fratres*, *sup. de pact.* Appellatione fratrum continentur sorores. Superiorum ratio est, quod omnia nomina sint appellativa, quæ facile trahuntur ad fœminas, vel ex voluntate testatoris, vel natura rei, quæ fœminis quoque congruit, vel ex æquitate, quæ in singulis speciebus facile apparet.

Verisimile est testatorem non minus filiabus prospicere voluisse, quam filiis. Itaque cum filiis tutores dedit, ex verisimili voluntate videntur dati filiabus. Item liberta

ta non minus dicitur patrono, quam libertus; et uterque tantum dicitur patronæ, quantum patrono, itaque quæ de patrono et liberto statuta sunt, ad libertam quoque et patronam porrigi æquum est. Ex his apparet hanc interpretationem coniecturis tantum niti. Itaque † si in contrariam partem vehementiores coniecturæ urgeant, fœmininum non continebitur masculino: Velut si proprium nomen sit, eo masculino fœmininum non comprehendetur: Item si testatorem aliud sensisse probatum fuerit L. *Lucius*, 63. §. *quæsitum de legat.* 3. Item si quod tribuitur masculis, fœminis non conveniat: ut, si tutela aut Magistratus deferatur L. 2. *infra de R. Iur.* Item si ius constitutum in masculis sit odiosum, et iniquum, si ad fœminas porrigatur L. 1. §. *quare*, *supra*, *de vent. in possession. mit.* Itaque exheredatis filiis non censentur filiæ exheredatæ, quia hoc odiosum.

3

Eadem de caussa exactio operarum quæ denegatur patrono, non denegatur patronæ; quia quod æquum in patrono propter suspicionem impudicitiæ cum liberta, non est æquum in patrona, in quam eadem suspicio cadere non potest L. *sicut*, supra, *de oper. libertor.*

Ad L. Urbis appellatio. 2.

Paulus libro 1. *ad Edictum.*

Urbis appellatio, muris: Romæ autem, continentibus ædificiis finitur: quod latius patet.

SUMMARIA.

1. *Urbis appellatione Roma significatur.*
2. *Urbis a Roma quomodo differat.*
3. *Continentia ædificia quæ.*
4. *Hæc L. 2. coniungenda cum* L. ult. supr. de Iurisd.
5. *L. collegarum* 173. h. tit. *inscriptio emendatur ex* L. 26. de R. I. *Et coniungenda hæc nostra cum illa.*
6. *Vulgata lectio* L. mille 154. h. tit. *ex Pand. Flor. emendatur.*
7. *Milliarium quid.*
8. *Qui in Continentibus Romæ ædificiis habet tres liberos, immunis est a tutela.*
9. *Metatores qui.*

1 URbis † appellatione Romam intelligi-
2 mus. Urbs tamen † differt a Roma; quod definimus *urbem* muris, *Romam* autem continentibus ædificiis: ex quo sequitur Romam latius patere quam urbem,
3 quia † continentia ædificia ea sunt, quæ extra muros urbis sunt, sunt tamen contigua muris urbis. Sic accipitur *L. ædificia. L. qui in continentibus L. mille passus. L. collegarum*, *L. absentem infra h. tit.* 4. §. *ultim. In quib. caus. pig. vel hyp. L. pen.* §. *ult. de Excus. tut.* L. 4. §. *sic ita sup. de penu. legat.* L. 1. §. *apud Labeonem*, *supr. de aq. pluvi. arc.* Eadem significatione dicuntur continentes provinciæ, idest, quæ sunt Italiæ coniunctæ L. *notionem* 99. *h. t. et L.* 1. *C. de dilation.* Huius significationis caussam Marcellus tribuit consuetudini *L. ut Alphenus*, 87. *infra h. t.*
4 Hæc † L. sumpta est ex disputatione de iurisdictione, et coniungenda cum *L. ult. sup. de Iurisd. omn. iud.* ex qua exempla ita fingemus. Prætor urbanus vel præfectus urbis iurisdictionem suam Romæ exercet, idest, intra muros et in continentibus. Si ergo extra continentia ius dicere velit, impune illi non paretur, quia extra territorium suum ius dicit *d. L. ult.* Si ergo dederunt tutores extra continentia pro non datis habentur, *d.* L. *pen.* §. *Roma de Excusat. tut.* Aliud exemplum in L. *linque*, 84. *de leg.* 3. *et* L. 4. *de pen. legat.* Aliud in *L. ædificia infra h. t.* Promisi Titio extruere ædificium Romæ; videor satis facere promissioni, si in continentibus ædificem. Aliud *d. L. qui in continentibus.* Aliud in † *L. collegarum*, ex cuius inscri- 5
ptione auferendum. *Nono*: est enim ex *Lib.* 30. et coniungenda cum *L. qui potest*, 26. *inf. de R. Iur.* Exemplum: qui extra continentia urbis est, abest. Si ergo eo invito alienare licuit, multo magis eodem absente *d. L. qui potest*, quod confirmat *L. absentem*, *inf. h. t.* Sic in *L. mille*, in † qua 6
non est legendum *muro*, sed *miliario*, ut Florent. Erat † miliarium columna aurea 7
in capite fori Romani ad ædem Saturni, in quam omnes viæ Italiæ terminabantur. Plin. *Lib.* 3. *nat. hist. C.* 5. Tacit. *Lib.* 17. Sueton. *in Otto. Cap.* 6. Plutarch. *in Galba.* Dio. *Lib.* 54. qui scripsit hoc miliarium extructum fuisse ab Augusto. Publ. Victor. *in Lib. de region. urb. Romæ.* qui ponit miliarium in septima regione urbis, in qua fuit forum. Huc L. *pen. C. de ædific. privat* in qua recte legitur, μίλιον, quod di-

ci-

cimus latine milliarium, græce dicunt μίλιον ex Dione. in L. 20. ex qua sumptam hanc legem docet inscriptio. Scriptum forte fuit vicesimam habere locum intra mille passus. Plin. *in panegir*. Dubitatum fuit num hi mille passus numerandi essent a milliario urbis, an vero a continentibus ædificiis. Resp. I. C. non a milliario sed a continentibus esse numerandos. Ex quibus apparet L. *mille* non pertinere ad exemplum *huius legis*. Aliud exemplum in L. 1. *C. qui num. liber. se excus. et tit. de excusat. tut. in princ.* qui Romæ tres liberos superstites habet, a tutela vel cura excusari potest; ergo † idem ius tribuetur ei qui in 8
continentibus tot liberos habet. Aliud in L. ἀρχίατρος *C. de Metatis*. Archiatri urbis Romæ professores liberalium artium, prætores, ingenui immunes erant ab onere recipiendi hospitis, Metatores, Gallice *Fourriers* qui designant domos. Itaque si iidem 9
sint in continentibus ædificiis, idem privilegium habent.

Ad §. Cuiusque.

Cuiusque diei maior pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.

SUMMARIA.

1. *Dies artificialis 12. horis constat, sed iis modo longioribus, modo brevioribus.*
2. *Maxima diei pars quot horis constet; iis vero num primis, an supremis.*
3. *Primæ horæ negotiis agendis opportunissimæ.*

1 Dies † 12. horis constat. Hinc illud in Evangelio, *Nonne 12. horæ diei sunt*: diem artificialem intelligo: nam dies naturalis constat 24. horis, *L. more Romano, supr. de fer. et dilat.* Diei autem artificialis horæ pro varietate temporis modo sunt breviores, modo productiores, in æquinoxiis sunt pares: Auson:

Libra die somnique pares determinat horas,

2 Huius diei † maxima pars censetur esse 7. horarum diei primarum. Dubitatio in eo est, quia 7. horæ diei sive primæ sint, sive supremæ, maximam partem diei constituunt; quia supersunt tantum quinque. Verum negavit id I. C. id locum habere in supremis horis diei, quia supremæ non sunt tam idoneæ ad laborem, nec tam opportunæ negotiis peragendis, neque corpora illis horis sunt tam alacria, Unde † Virgil. 3

Nunc adeo nobis melior pars acta diei.

Et Hesiod. *oper. et* dier. *Tertiam partem operis confici horis matutinis.* Ex quo factum est ut veteres, negotiis suis conficiendis mane operam darent, quod indicat Martial. *Prima salutantes*, etc. *Lib.* 8.

Sexta quies lassis, septima finis erit.

Αἱ ξ ὧραι μόχθοις ἱκανόταται. Talis controversia incidit apud eum, qui ius dicebat. Quidam locaverat suas operas certa mercede in maiorem diei partem, opus fecerat 7. horis diei supremis, petebat tamen mercedem. Ex hac interpretatione iudicatum est non recte eum petere, quia cuiusque diei maxima pars est 7. horarum primarum.

Ad. L. Itinere faciendo. 3.

Ulpianus libro II. *ad Edictum.*

Itinere faciendo viginti millia passuum in dies singulos peragenda, sic sunt accipienda, ut si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, integrum diem occupent: veluti viginti unum millia sunt passus, biduum eis attribuetur. Quæ dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat.

SUMMARIA

1. *Vocato in ius et absenti viginti mille passus in singulos dies numerantur, ut ad Urbem veniat.*
2. *Viginti millibus computatis, si qui supersunt, iis dies integer assignatur.*
3. *Eadem dierum in viginti mille passus adnumeratio in tutore et petente bonorum possessionem absentibus servatur.*
4. *Si iustum tamen adfuerit impedimentum valetudinis aut hyemis etc. itineris computatio arbitrio iudicis relinquenda.*
5. *Eadem quoque spatii in singulos dies computatio aliis ex iusta caussa absentibus tribuitur; longiusque spatium, si adfuerit iustum aliquod impedimentum.*

Vo-

1 VOcatus † aliquis in ius promisit fore ut se iudicio sisteret: quæritur quando promissioni suæ satisfecisse vel eam deservisse videatur. Cum diem certum non adiecerit, videtur hoc relinquendum eius arbitrio, ut sistat se cum volet. Sed hoc incommodum inde nascitur, quod nunquam se sistet, et ita iudicium nunquam peragetur. Itaque prætores prospecturi huic incommodo constituerunt ut consideraretur quot millibus passuum abesset ab eo loco in quo promisit iudicio sisti, et 20. millia passuum in singulos dies illi numerarentur. Veluti si abesset 100. millibus passuum, quinque dies illi darentur præter eum diem in quem cautum promittitur, et in quem sistere oportet in iudicio *L. 1. sup. Siquis cautio.* Quod si intra illud tempus iudicio non steterit, promissioni non satisfecisse iudicabitur, et reus erit deserti vadimonii. Huic numerationi addit hoc Iuris cons.
2 ut † si post computata 20. millia aliquid supersit, veluti millia passuum, aut duo, integrum diem occupent; hoc est, ad ea peragenda unus tribuitur, veluti sint 102. millia passum, sex dies tribuentur. Et hæc ita si de die non covenerit quo se sistat: nam si convenerit, fides conventionis habenda est, nec habenda ratio passuum. L. *de die. Qui satisd. cog. L. 1. de Pact.*
3 *L. contractus de R. Iur.* Eadem † computatio servatur in eo qui datus est tutor, et vult se excusare §. *qui autem de Excusat. Instit.* Eadem computatio servatur in eo qui petit bonorum possessionem: nam petenti bonorum possessionem dantur 100. dies, intra quos petere debet L. 1. *supra de Successo. edict.* Et si absit ab eo loco in quo peti debet bonorum possessio, præter hos 100. dies dantur 200. millia passuum in singulos dies L. 2. §. *pen. supr.*
4 *Quis ord. in bon. poss. serv.* Hanc † autem computationem puto locum habere, nisi iustum impedimentum intervenerit, quo quis prohibeatur tantum itineris perficere singulis diebus, ut adversa valetudo, hyemis et tempestatis iniuria L. 2. §. *si quis sup. Si quis cautio.* L. 4. §. 1. *supr. de hered. Instit.* Obs. L. *continuus*, §. *cum ita*, *de verb. obligat.* ubi computatio itineris relinquitur arbitrio boni viri, id est, iudicis. Respondeo hanc legem referendam esse ad exceptionem iam propositam, hoc est, tunc arbitrio iudicis hanc computationem relinquendam, cum iustum aliquod impedimentum intervenit, ita ut singulis diebus 20. millia passuum confici non potuerint: quam solutionem confirmant hæc verba; habita ratione temporis, ætatis, sexus. Ad hunc locum pertinent duo versus Ausonii.

Millia bis nonaginta iubet dimensio legum
adnumerata reos per tot abesse dies.

In quibus primum pro *abesse* legendum, *obire* ex veteri exemplari: deinde pro *nonaginta* legendum *nongenta*. Huc † etiam 5
L. *mille h. t.* Cautum fuit ut tabulæ testamentorum aperirentur a morte testatoris post tres dies, vel certe quinque, si præsentes essent qui postularent eas aperiendas: quod si essent absentes, idem spacium tribuebatur. *Paul. t. de vicesima in 4. Sentent.* Et præter hos dies absentibus dabantur 20. millia passuum in singulos dies: hi autem passus non a milliario urbis, sed a continentibus sunt numerandi L. *si cui in provincia.* 38. Supra *ex quibus caus. maior.* Assessores absentes reipubl. caussa restituuntur ex edicto, ex quibus caussis maiores, et habentur pro absentibus quoad reversi fuerint: ad revertendum autem 20. millia passuum in singulos dies illis tribui debent, nisi vel adversa valetudo, vel iniuria hyemis aut tempestatis longius spacium illis tribuendum esse suadeat.

Ad §. Eius.

Eius qui apud decessit, dici hereditas non potest, qui servus decessit.

SUMMARIA.

1. *Qui apud hostes, sunt in triplici genere; et qui sint.*
2. *Legati etsi apud hostes sint, possunt testamentum condere.*
3. *Obsides vero, et maxime captivi testari nequeunt.*
4. *Hoc ius postea temperatum; et quomodo.*
5. *Emendatum rursus et a quo.*

1 TRia † genera sunt eorum, qui sunt apud hostes: aut sunt legati, aut ob-
2 sides, aut captivi. Legatis † omnia iura salva manent, et civitas integra, itaque testamentum facere possunt, et eorum hereditas recte dicetur L. *qui a latronibus. Sup. Qui test. fac. poss.* Obsides † autem testa- 3
ri non possunt, nec hereditas eorum recte dicetur, quia alieno iuri sunt subiecti L. *obsides. Supra Qui testam. facer.* Eiusdem iu-

iuris sunt captivi, et tam de obsidibus quam captivis hic §. *accipi debet*, maxime vero de captivis, qui captivitate in servitutem rediguntur, L. 5. *et* L. *libertas de statu hominis*. §. *serv. de iure personar.* Qui servi sunt, quo ad ius civile, pro nullis habentur. Huc L. *eius qui* sup. *qui testam. face. poss.* L. *servus C. commun. de suc-*
4 *cess.* Hoc † autem est ius summum quod visum est iniuriosum in eos, qui amore patriæ sese obsides dari passi sunt, aut etiam fortiter facientes capti sunt. Itaque temperatum est L. *Cornelia*, quæ fingit eos esse mortuos, eo ipso momento quo capti sunt, L. *in omnibus*, *sup. de capt. et postlim. revers.* L. *si iis. C. legit. hered.*

beneficium vocatur, itaque huius respectu recte dicitur eum hereditatem habere, L. *lex Cornelia de vulg.* quam coniunge cum L. *bona de cap.* Sic est accipienda, L. *apud*, *C. de suis et legit her.* Denique † 5
Leo Imperat. *Nov.* 40. hoc ius emendavit et constituit, ut ii qui apud hostes sunt, testamenta facere possint. Sunt et alii casus quibus servi testari possunt, et hereditas eorum recte dicetur, cum L. habeat eos pro liberis. L. *pen. C. ad Syllan.* L. 1. *in pr. et* §. *quæritur. supr. suis et legit*, *et* L. 1. *et* §. *interdum supr. ad SC. Tertull.* coniunge cum L. 4. *de petit. hered.* L. 4. *infr. h. tit.* inde exemplum.

Ad L. Nominis. 4.

Paulus* libro I. *ad Edictum.

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

SUMMARIA.

1. *Nomen sive debitoris obligationem sive debitum ipsum significat.*
2. *Ab eo qui nomen hereditarium possidet, peti etiam potest hereditas; et quare.*

1 NOmen † significat debitoris obligatio-
2 nem, sive debitum ipsum. Si quis † ergo nomen aliquod hereditarium possideat, poterit ab eo peti hereditas, quia petitione hereditatis agi potest cum eo qui rem aliquam ex hereditate possidet, *d.* L. 4. Qui autem nomen possidet, rem aliquam possidet, quia nominis appellatione res significatur: Iunge L. *in honorariis* 36. *supr. de obligat. et action.* Actiones rei persecutoriæ dantur post annum, qui autem nomen persequuntur, rem persequuntur. Actiones ergo quibus nomina persequimur, etiam post annum dantur. Aliud exemplum ex L. *satisque pœnæ* 19. *Supr. de in ius voc.* Si quis in ius vocatus latitet, adversarius eius mittetur in possessionem rerum eius, et per consequens ex hac interpretatione in possessionem nominum. Aliud exemplum in L. *servum* 44. §. *et eum qui*, supra *de legat.* 1. quam coniunge cum L. *qui chirographum* 58. *de legat.* 3. et ex ea emendanda inscriptio L. *servum et pro* 32. legendum 34.

Ad L. Rei appellatio. 5.

Idem* libro. II. *ad Edictum.

Rei appellatio latior est quam pecuniæ: quia etiam ea quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt.

SUMMARIA.

1. *Rei nomine veniunt et operæ servorum quæ sunt extra patrimonium.*
2. *Ideo et qui legat res omnes suas: etiam servorum operas legare videtur.*
3. *Curator datus loco tutoris in omnem rem datus censetur, adeoque ad mores et personam pupilli tuendam.*
4. *Pecuniæ nomen minus late patet quam rei.*
5. *Pecuniæ vocabulo tam corpora quam iura res patrimonii nostri continentur.*
6. *Qui iuris loci hanc pecuniæ significationem habeant.*
7. *Qui rursus eam rei appellationem latioremque rei significationem contineant.*
8. *Appellatione sive nominis, sive rei contractus omnis et obligatio comprehenditur.*

1 IUnge hanc L. *cum* L. 1. *supr. de Oper. serv.* † Opera servorum *rei* nomine censetur, quæ non ante in rerum natura consistit, quam dies venerit, quo præstanda est

est *d.* L. 1. Merito ergo extra computationem patrimonii est, quod etiam confirmatur hoc argumento: Usus fructus hominis consistit in operis L. 3. *et* 4. *Supra Oper. serv.* ususfructus autem tametsi extra bona omnino non sit, certe in bonis non est *L.*
2 1. *sup. usufr. L.* Itaque, † qui legat res omnes suas, etiam operas servorum legare videtur *L. pen.* Supr. *de Oper. serv.* et qui damnatus est restituere res, operas quoque servorum restituere debet, *d. L.* 4. *et L. ult. eod.* Coniunge *L. in omnem*, 25. Sup.
3 *tut. et cur. dat.* Curator † datur tantum rebus et interdum certæ alicui rei; personæ autem, id est, moribus non datur. Et maxime cum datur in locum tutoris. Verum si detur in locum tutoris absentis reipubl. caussa, datur in omnem rem hoc est, ad mores et salutem pupillis tuendam, quæ quidem sunt extra patrimonii computationem. Exemplum quoque sume ex rebus sacris, et divinis, quæ extra patrimonium nostrum sunt. Tit. *de Rer. divis.*
4 Pecuniæ † appellatio non tam late patet: complectitur enim tantum quæ sunt in patrimonio nostro. Nec obst. *L. pecuniæ*, 128. *infr. eod.* pecuniæ nomine intelligi o-
5 mnia corpora: sic † enim accipienda est; omnia corpora quæ sunt in nostro patrimonio. Sic verbum pecuniæ in *leg.* 12. *tabul.* super pecuniæ tutelæve suæ etc. *leg. sæpe infra*, *h. t. L.* 2. §. *ult. C. de Const. pecun.* Huc L. *pecuniæ* 122. *infra. h. t.* pecuniæ nomine non solum numerata pecunia, sed etiam omnes res tam soli quam mobiles, tam corpora quam iura continentur. August. *in lib. de doct.* Christia. *Quidquid homines possident in terra, et quorum domini vocantur, pecunia dicitur, servus sit ager, arbor, pecus, vas; pecunia dicitur. Quia totum, quod antiqui possidebant; in pecoribus ponebant.* Sic ac-
6 cipitur † pecuniæ nomen in hac stipulatione emptæ hereditatis, quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit. L. *in illa*, *supra. de verb. obl. L. liber homo*, *Supra de stipulat. serv.* L. *cum stipulamur*, *infra*, *h. t.* L. *si creditor*, *Supra*, *de pecul.* Sic accipitur quoque, in L. *Iulia*, quanta pecunia erat, tantam pecuniam dato L. *si vero*, *Supra*, *solut. matri.* Eadem quoque significatio est in hac formula; quantas summas dictavero, dedero L. *quisquis*
7 99. *Supra*, *legat.* Ad appellationem † rei pertinet L. *rei.* 23. *infra*, *h. tit.* rei enim appellatione caussæ et iura continentur. Coniunge tum L. 1. *Supra*, *si servit. vin.* Vindicatio datur rerum nomine. L. 1. *sup. de Rei vindicat.* Itaque dabitur ad vindicandam servitutem, puta viam *d.* L. 1. *si servit. vind.* quia Servitus est ius quod rei appellatione continetur. Hanc *L. coniunge cum* L. 5. *Supra de petit. hered.* possessor hereditati controversæ nullam rem hereditariam distrahere debet, nisi satisdederit de ea restituenda, hoc est, de restituenda cum omni caussa: caussam appello omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest *rubr. de usur. fruct. et caus. L. præterea. Supra de rei vindic. L. cum fundus Supra si cert. petat. L. ult.* §. *ult. infra h. t.* Ex qua apparet quoties res est restituenda, fructus et omnem caussam rei restitui debere, ut fit in restituenda re hereditaria. *L. item veniunt* §. *item non solum. L. si et rem* §. *ult. cum duab. legib. seqq. sup. de pet. her.* Qui ergo satisdedit de re hereditaria restituenda, de omni eius caussa intelligitur satisdedisse. Coniunge cum *L. in Falcid. infr. ad L. Falcid.* Ut ineatur ratio L. *Falcidiæ* omnes res æstimandæ sunt ex varietate. Itaque æstimandæ sunt caussæ et iura earum. Exempla quoque petentur ex L. 1. *et* 3. *Supra Naut. caupon.* quibus locis datur actio adversus nautas, ut restituant res receptas, id est, cum omni caussa. Denique ex *leg.* 1. *infra*, *Quis satisd. cog.* Reus in ius vocatus alicuius rei nomine satisdare debet iudicio sisti, hoc est, fideiussorem dare, et hic fideiussor tenetur quanti res erit L. 2. *in fin. et* L. 3. *Supra*, *Qui satisd. cog.* Ut autem intelligatur, quanti res sit, sciendum rei appellatione caussas et iura contineri; et æstimatio eorum facienda est. Huc † quoque per- 8
tinet quod dicitur; nominis et rei appellationem pertinere ad omnem contractum et obligationem *L.* 6. *h. tit. quod proximis legibus est consentaneum.* Cum enim nominis appellatione res significetur, et rei significatio latissime pateat duabus legibus superioribus; merito utroque nomine omnis contractus et obligatio significatur. Coniunge hanc *L. cum* L. *qui iurisdictioni*, 10. *sup. de Iurisd. omn. iud. cum. L.* 1. *et* 3. *sup. quod quisque iur.* ex quibus usus huius significationis deprehendetur huiusmodi. Qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis ius dicere debet. Sive ergo de re, sive de nomine, hoc est, de quocunque contractu et obligatione controversia sit, ius non dicet. Item si novum. Ius statuerit adversus aliquem, aut impetraverit et impetrato usus fuerit, sive in re sive in nomine, adversarius quoque eius eodem iure adversus eum utetur in omni contractu et obligatione.

Ad §. Opere.

Opere locato, conducto, his verbis Labeo significari ait id opus quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, idest ex opere facto corpus aliquod perfectum.

SUMMARIA.

1. *Ex locato, vel conducto non potest agi prius quam fuerit opus perfectum.*
2. *Idem iuris, si opus faciendum quis stipulatus sit, aut idem fuerit legatum.*
3. *Quod sit perfectum opus quare ex hoc loco æstimari debeat.*
4. *Quare aliter opus factum in novi operis nuntiatione oporteat interpretari.*
5. *Factum argentum quomodo interpretamur.*

PUto in hoc §. legendum *locato* propter auctoritatem librorum Florent. Deinde quia *locato* et *conducto* magis sibiipsis respondent, quam *legato* et *conducto*. Valer. Probus *in Libr. de not. antiq.* hanc eandem formulam refert, et ait solitam fuisse notari his notis, *O. L. O. C.* opere conducto.
1 Locavit quis opus † faciendum certa mercede, quæritur quando contractui satisfactum sit, ut locator ex locato agere possit, vel conductor. Significatio verborum dirimit hanc controversiam. Non potest prius agi quam opus fuerit perfectum, quod dicunt ἀποτέλεσμα, a consummatione et perfectione operis, quod perfectum esse intelligitur cum usui esse potest
2 L. *ædificia* §. 1. *eodem*. Idem † est siquis stipulatus sit opus faciendum; ita enim stipulationi satisfacit, si opus perfectum sit, L. *stipulationes non dividuntur*, *de Verbor. Obligat.* Idem est, etiamsi legatum aliquod sit opus L. *si iis qui*, *ad* L. *Falcid.* Denique si pecunia impensa sit in opus publicum, non prius debet ferri in acceptum, quam opus perfectum et probatum fuerit L. 7. *sup. ad leg. Iul. repetund.* Huc pertinet. L. 7. *Cod. de oper. publ. et* L. 9. *C. eod.* rescriptum est ut qui præfuerat operi alicui publico teneretur obnoxius tam ipse, quam heredes intra quindecim annos ab opere perfecto.

Perfectum † quomodo accipiatur ex hoc loco æstimandum est. 3
Ratio huius interpretationis est voluntas contrahentis vel testantis. Ne enim vel contractus vel Legatum inutile sit, si de opere imperfecto acceperimus: necessario est, accipiendum de opere perfecto. Aliter † tamen interpretamur opus 4
factum in operis novi nuntiatione: non enim necesse est opus esse perfectum, ut opus novum nuntiari possit; satis est si inceptum sit et proponatur instar cuiusdam ædificii L. *stipulatio* §. *opus Supra de oper. nov. nuntia.* Ratio diversæ interpretationis est hæc; quia etiam cœpto ædificio nocetur vicino, et damnum illi infertur. Itaque non est expectandum ad novi operis nunciationem ut perficiatur; imo vero si perficeretur non posset agi operis novi nunciatione; sed agendum esset interdicto quod vi aut clam. *leg.* 1. *Supra de oper. nov. nunciat.* Aliter † quoque interpretamur factum 5
argentum L. *et si non sunt* §. *infecto Supra de aur. et argent. leg.* Si enim cœptum sit et nondum perfectum, argenti nomine continetur. Hoc ideo, quia ipsum factum non est legatum, neque ut fieret, sed tantum materia. Itaque præstanda est, cuiuscunque generis sit, et hoc in gratiam legatarii fit, ne legatum inutile sit.

Ad L. 6. §. *Verbum.*

Ulpianus libro III. *ad Edictum.*

Nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet. Verbum *ex legibus*, sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis.

SUMMARIA.

1. *In interpretatione LL. verborum retinenda proprietas; sed tamen ut præcipua habeatur sententiæ ratio et n.* 3.
2. *Sententia si non est expressa verbis ex generali ratione legis vel aliquo necessario atque evidenti argumento colligenda.*
4. *Sponsionis verbum quam vim et significationem habeat.*

1 VErba † sunt rerum notæ: itaque inprimis considerandum est quid verbis caveatur: nec temere recedendum est a verbis L. *prospexit. D. Qui et a quibus*

bus. Cum tamen verba invecta sint ut exprimant nostram sententiam, cuius potissimum ratio habenda est. Itaque si expressa sit verbis obscuris aut ambiguis, ita tamen interpretanda sunt ut sententia constet. Si
2 vero † expressa non est, vel ex ratione generali legis; vel ex argumento aliquo necessario et evidenti colligendum est, qualis sit: Leges enim non minus ex sententia quam ex verbis sunt accipiendæ L. *item si*, §. *mutui*, *ad Senatusconsult. Macedon.*
3 Vetitum † est eo Senatusconsulto ne quis pecuniam mutuam daret filiofamilias: aliquis dedit illi oleum vel frumentum; non peccavit in verba Senatusconsulti, sed tamen in sententiam commisit; perindeque habetur ac si pecuniam credidisset. Aliud exemplum in L. *quamvis*, §. *si convenerit*, *sup. ad Senatusc. Velleian.* debitor promiserat se daturum fideiussorem, dedit mulierem; quæritur an satisfecerit promissioni. Si verba spectes, satisfecit; si vero sententiam, non; quia mulier propter beneficium Senatusconsulti Velleiani non potest pro alio fideiubere. Itaque perinde est ac si nullus fideiussor datus esset. Aliud exemplum in L. *ult. Qui pet. tut.* Mater quæ non petiit tutores filiis; vel prioribus excusatis et reiectis, aliorum nomina non dederit, excluditur legitima hereditate filii ex constitutione Impp. L. 2. §. *divus*, *sup. Qui pet. tut.* quam iunge cum L. 2. §. *si mater*, *sup. ad Senat. Tertull.* Contigit ut plures tutores dati essent, et quidam ex illis morerentur, mater in locum mortuorum alios non petiit, an excluditur hereditate filii? peccavit quidem in constitutionis verba, sed sententia excusatur; ratio enim quæ excludit matrem ab hereditate, hic cessat: idcirco enim non admittitur ad hereditatem, quia reliquit liberos; sine defensore at in hac specie quamquam nonnulli ex tutoribus mortui sint, qui tamen sunt superstites possunt tutelam gerere. Aliud exemplum est eadem L. *ult.* L. *facta*, §. *ult. ad Senatuscons. Trebell.* L. *si quis id quod*, *de Iurisd. omni. iud.* Tit. *de legit. patr. tut.* L. *iurisg.* §. *pactorum*, *de pact.* Ubi observandum est genus loquendi esse inversum: vult dicere, pacta non minus æstimanda ex mente quam ex verbis. Iunge L. *si pœnam* 68. *de verb. obl.* L. *sponsio. C. h. t.*
Sponsio † proprie est quæ fit per verbum spondere; sed tamen sponsionis nomine non solum spondere intelligimus, sed et alia quælibet verba, ut promitto. Nec obstat, quod promissio videtur non posse contineri verbo sponsionis, quia stipulatio, sive promissio fit ex interrogatione et responsione: at promissio est responsio tantum. Dicendum compendii gratia plerumque omitti mentionem interrogationis, quia ex voluntate stipulantium satis intelligatur: et quoties promissionis mentio fit, intelligimus promissionem idoneam et iustam, quæ interrogatione præcedente facta sit, §. *si ita simpliciter*, *de inutil. stipulat.* §. *ultim. de fideiussor.* L. *sciendum*, 30. *de verbor. obligation.* L. *si quis*, §. *dictum*, *supra de ædilit. edict.* Interdum etiam sponsio dicitur, cum pignore deposito aliqui inter se contendunt ea lege, ut victor pignus auferat; talis fuit sponsio Cleopatris et M. Antonii Plutarch. *in vita Marc. Anton.* Huius meminerunt Iurisconsulti, L. *penult. supra*, *de aleæ lusu et aleat.* et L. *si rem*, §. *ultim. infra*, *de præscrip. verbor.* 4

Ad L. Verbum. 8.

Idem libro III. *ad Edictum.*

Verbum *oportebit*, tam præsens quam futurum tempus significat.

SUMMARIA

1. *Species huius L.*
2. *Verbum* oportebit, *tam præsens quam futurum complectitur.*
3. *Verbum* oportet *præsens tantum complectitur, non futurum.*
4. *Verbum* oportere *non ad facultatem iudicis, sed ad rei veritatem refertur*, et n. 6.
5. *Solemnis formula*, aio te mihi dare oportere.

1 EXemplum † erit; quidquid te mihi dare facere oportebit nisi dederis fecerisve, mille aureos te daturum spondes? Ante hanc stipulationem contractam promiseras ædificare insulam. Quæritur si non ædificaveris, an pœnam comprehensam stipulatione debeas? Movet, quod stipulatio illa pœnalis concepta est per verbum futuri temporis, proinde non videtur pertinere ad obligationem ante contractam; Respondetur tamen † verbum *oportere* tam præsens quam futurum complecti. Itaque cum tempore stipulationis debes insulam ædificare, nisi ædificaveris pœnam quoque de- 2

3 debes. Non idem † fit contra: idest, verbum *oportet* non significat futurum, sed tantum præsens L. *cum stipulamur*, *de verb. obl.* L. *si a colono*, *eod.* quam coniunge cum L. *ei cui*, *de lib. leg.* Eodem pertinet L. *si scripsisset*, *supra*, *de leg.* 2. *et* L. *et uno*, 18. *supra de acceptil.*
4 Sane † verbum *oportere* ita est accipiendum ut non referatur ad facultatem iudicis, sed ad veritatem, L. *verbum oportere*, 37. *infr.* quam coniunge cum L. *alias*, *supra de in lit. iur.* Ex qua coniunctione apparet disputatum fuisse in tractatu de in litem iureiurando de significatione verbi *oportere*,
5 quod etiam confirmat † solemnis illa formula in omnibus actionibus in personam: aio te mihi dare oportere; cuius meminit Valer. Prob. *in Lib. de not. antiq.* et Iuriscons. L. *si unus*, *supra de servit. rust.* *et* L. *non solum*, *supra de lib. leg.* Atque eo magis quod eadem formula usitata est in iureiurando, veluti te mihi dare oportere iuro L. *quod si*, *L. eum qui*, §. 1. *L. ultim.* supra, *de iureiurand.* L. *si deferente*, *supra quib. mod. pign. solu.* L. *quoties*, 14. *de iureiur.* Quæ etiam ex eodem libro sumpta est, quo hæc L. Aliquis † 6
ergo iureiurando sibi in litem delato iuraverat sibi dari oportere; non obstante eius iureiurando iudex potest pluris vel minoris condemnare L. 1. *L. videamus*, §. *iurare*, *et* L. *in actionibus*, *supra de in lit. iur.* Ex quo dubitatio nascebatur, verbum *oportere* referendum esse ad facultatem iudicis, qui potest pluris vel minoris condemnare. Respondit Paulus esse referendum potius ad veritatem, quod significat eum qui iuravit non spectasse facultatem, iudicis, qui potest pluris vel minoris condemnare, sed quanti revera sibi deberetur: itaque periurum non esse, etiamsi minoris condemnarit iudex quam iurarit.

Ad §. ult.

Actionis verbo non continetur exceptio.

SUMMARIA.

1. *Verbum* actionis *non comprehendit exceptionem.*
2. *Nisi in mixtis iudiciis. Exponitur* L. 1. D. de except.
3. *Item in replicatione.*
4. *Contra, exceptionis nomine interdum comprehenditur actio.*

1 VErbum † actionis non comprehendit exceptionem. Nam exceptio est actionis exclusio. L. 2. *supra*, *de exception.* Et exceptio competit defensori, qua se tuetur: actio competit actori, ut ea oppugnet.
2 Nec † obstat. L. 1. *supra de exception.* quod enim dicitur generaliter in ea L. eum, qui agit excipere, referendum est ad casum singularem, videlicet ad mista iudicia, idest, familiæ herciscundæ, communi dividundo, etc. in quibus idem actor est et reus: proinde is qui agit, excipit, et contra L. 1. *et* L. *inter coheredes*, §. *qui familiæ*, *supra*, *fam. hercisc.* Ita autem restringendum esse ostendit *L. actionis*, 37. *supra*, *de obl. et action.* in qua Iurisconsultus verbum actionis interpretans meminit mixtorum iudiciorum; et coniungenda est ea L. *actionis cum* L. 1. *de except.* Alius † casus est in quo actionis nomine continetur exceptio, videlicet in replicatione. Nam actor adversus exceptionem rei opponit replicationem, et hæc replicatio, quamquam exceptio sit, proprie actionis tamen nomine continetur, et ad eam iuvandam pertinet, *titul. de except. Institutio.* Interdum quoque dicitur ei cui actio tribuitur, multo magis tribuendam esse exceptionem *L.* 1. §. *is autem*, *supra de superficieb.* L. *invitus*, *infra de R. Iur.* Sed hoc per interpretationem receptum est; quia æquum est ut is, cui tribuitur, quod plus est, habeat quoque quod est minus. 3
Contra † autem exceptionis nomine interdum continetur actio, ut in compensatione: nam ea opposita, quæ exceptio tantum est, actio videtur proposita, L. *amplius*, *in fin. supra*, *rem rat. hab.* 4

Ad L. Marcellus. 9.

Ulpianus libro v. *ad Edictum.*

Marcellus apud Iulianum notat, verbo *periisse*, et scissum et fractum contineri, et vi raptum.

SUMMARIUM.

1. *Hæc L. coniungenda cum* L. Sed de damno 41. D. locat. *Unaque ex altera lucem accipit.*

Con-

1 COniunge † L. *sed de damno*, 41. *supra*, *locati* cum L. *Marcellus* 9. *infra h. t.* quia utroque loco mentio fit rei quæ periit, et Marcelli notantis ad Iulianum. Ex qua coniunctione ita interpretare illam legem: exempli caussa, verbo *periisse* non solum scissum et fractum contineri, sed etiam direptum? quidquid enim horum factum sit, res periit, et domino abest, iam enim ea uti non potest. Itaque si quis tenebitur ob rem quæ periit, tenebitur si res fuerit scissa, fracta vel direpta: tenetur autem is qui damnum dedit iniuria L. *si servus*, §. *si quis de manu*, *supra*, *ad leg. Aquil.* L. *sed de damno*, *supra locati*. Tenetur quoque conductor rei, etiamsi alius damnum dederit, ut si custodire rem potuerit; ita ut alius damnum non daret, et id non fecerit, *d.* § *L. Sed de damno*, *cum L. qui mercedem*, *locati*.

Ad L. Creditores, 10.

Idem libro VI. *ad Edictum.*

Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione, vel iure civili, sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel exordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus: creditores accipiuntur.

Ad L. Creditorum. 11.

Caius libro I. *ad Edictum provinciale.*

Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt: sed omnes quibus ex qualibet caussa debetur.

Ad L. Ut si cui. 12.

Ulpianus libro VI. *ad Edictum.*

Ut si qui ex empto, vel ex locato, vel ex alio ullo debetur. Sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi. Quod si ex populari caussa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, post ea esse.

SUMMARIA.

1. *Debitores qui.*
2. *Actionis verbum aut generale est aut speciale.*
3. *Generale quammulta contineat.*
4. *Speciale quomodo a persecutione differat.*
5. *Creditores qui et quot et quibus ex debendi caussis sint tales.*
6. *Creditum præcise mutuam pecuniam, sed et alios contractus latiore significatione complectitur.*
7. *Reus sua sponte sese pœnæ obligat.*
8. *Creditor non est ex delicto qui populari actione experitur.*
9. *Nisi tamen contestata lis fuerit; aut privati iniuria delicto accesserit.*
10. *Ne ille creditor est cui debetur natura.*

1 DEbitores † sunt qui debent ex quacunque actione vel persecutione. A-
2 ctionis † nomen interdum generale est, in-
3 terdum speciale. Cum generale † est, complectitur actiones in rem, personam, directas, utiles, præiudicia, prætorias stipulationes et interdicta. *L. actionis*, *de obligat. et action.* L. *actionis* 34. *hoc tit.* Interdum
4 autem † est speciale et differt a petitione, quod petitio sit in rem, actio vero in personam, *d.* L. *actio*, *supra*, *de obligat.* L. *bonorum*, *hoc. tit.* Differt quoque a persecutione et ab ea distinguitur, *h. l.* actio enim proprie in personam est, persecutio vero in rem, vel in personam rei consequendæ gratia *d. l. actio*. Item actio ordinaria est, persecutio extraordinaria, *d.* §. *actionis*, L. *pecuniæ*. Cum videlicet persequimur ea quæ non habent iuris ordinarii executionem, puta, fideicommissa, quæ iure extraordinario apud prætorem Romæ, apud præsidem in provinciis petebantur, hodie per actionem petuntur. Ulpianus Titulo *de fideicommiss.* L. *litis*, *de action. empt.* L. *si*

si non, *de hered. institution.* L. *quæsitum*, §. *penultim. de leg.* 3. L. *si quis*, *de usufructu legat.* Persecutio quoque distinguitur ab actione in L. *et uno de acceptilat. et* L. *procurator. Rem. rat. habe-*
5 *ri.* Creditores † quoque sunt quibus debetur iure civili, ut ex stipulatione, literarum obligatione, emphyteusi. Quod ita intelligitur, nisi perpetua exceptio obiici possit, ut exceptio rei iudicatæ, doli mali, et pacti. L. *perpetui*, 3. *de exception.* L. *is cui*, *de obligat. et act.* L. *et obligantur*, §. *servus*, *de dolo.* Spectamus enim magis rem ipsam, quam ius: nam quod iure ipso quidem sunt creditores, revera tamen non sunt quia ab invitis debitoribus exigere non possunt. L. *debitor*, *hoc tit. et* L. *creditor autem*, 55. *hoc tit.* Aliud dicendum est, si exceptio est temporaria: hoc enim casu hi creditores similes sunt creditoribus conditionalibus *d.* L. *creditor autem*: quia tempore elapso, intra quod obiici potest exceptio, perire possunt. Creditores quoque sunt quibus debetur iure honorario, id est, obligatione aliqua, iure prætorio introducta, ut, de constituta pecunia, de peculio, de in rem verso, §. *in personam*, *et sequent. de actionib.* Creditores sunt quoque, quibus debetur iure extraordinario, cum videlicet deficit actio et formula ordinaria, propter æquitatem tamen prætor vel præses iure Magistratus actionem accomodat: puta, filiofamilias qui viaticum suum mutuo dedit. L. *filiusfamilias*, *si cert. petat.* Item cui debetur salarium ex militia, L. *creditor.* L. *inter de action. empt.* Denique cui debetur merces et honorarium ex professione liberalium studiorum, vel advocatione, L. 1. *de Extraordinar. cognition.*

Item creditores sunt quibus debetur pure, hoc est, sine die vel conditione, vel in diem vel sub conditione: pendente enim conditione vel die sunt creditores §. *ex conditionali*, *de verb. oblig.* Et proinde vocantur conditionales creditores *leg. conditionales h. t.* Diversa est caussa eorum quibus debetur legatum in diem vel sub conditione: hi enim pendente die vel conditione non sunt creditores *L. in fraud. Supra qui et a quib. manum.* Item creditores sunt non solum quibus debetur ex contractu mutui, sed etiam ex quocunque alio contractu, puta, locatione emptione, etc.

Creditum † quidem significat mutuam pecu- 6
niam, sed tamen generaliter quoque ad alios contractus refertur *L. seq. h. t. in qua L.* hæc verba, *ex alia caussa*, possunt referri ad delictum. Sed tamen quia in *L.* 12. *tabul.* mentio fit delicti, malim referri ad quasi contractus, ut retulit I. C. Supra, *de obl. et action.* Denique creditores sunt quibus debetur ex delicto L. 12. Movebat dubitationem, quod creditores nihil videbantur gessisse cum delinquente, nec fidem eius esse secuti. Sed contra consideratum
est † delinquentem sua sponte obligationem 7
suscepisse, sese pœnæ obligasse. Itaque tametsi defuerit voluntas contrahendi cum illo, potuit tamen se obligare qui deliquit, quemadmodum is qui obligatur ex quasi
contractu. Excipe † eum qui populari actio- 8
ne experiri potest; datur enim hæc actio cuivis ex populo, et ex delicto nascitur. Non est tamen creditor, qui ea agere potest, nemo enim locupletior est ex populari actione *L. pen. de popul. action.* Et proinde non potest accipi fideiussor in populari actione, qui tamen in actione furti aut damni iniuria accipitur *L. si quis de Fi-*
deiussor. Nisi † forte lis contestata fuerit 9
h. l. Aut etiam nisi delictum ita sit admissum, ex quo popularis actio nascatur, ut privatim aliquis læsus sit. Hoc enim casu, cui privatim iniuria facta est, ut si forte sepulcrum eius violatum sit, creditor est etiam ante litem contestatam. Ex quo fit ut procuratorem dare possit L. *licet*, *de Procurat.* Et nemo alius admittatur ad hanc actionem si ipse agere velit *L.* 3. *de sepulch. viol.* Creditores ergo non sunt qui-
bus debetur ex populari actione. Nec † e- 10
tiam quibus debetur natura *L.* 10. *h. t.* Movebat quod actiones naturales habent multa ex materia aliarum obligationum: nam solutum repeti non potest, item naturali obligationi accedere potest fideiussor. Denique novari potest *L.* 1. *de novation.* Sed tamen quia æquitate sola nititur, nec petitionem habet, non potest dici creditor, et sane qui ex ea debet, vocatur improprie creditor *d. L. fideius.* §. *fideius. Oblig. de fideiussor.* ideo quia ab eo invito exigi non potest *L. debitor. infra h. t.* Hic autem est usus huius significationis, ut sciamus qui sint cre- creditores, quando in possessionem sunt mittendi.

Ad §.

Ad §. Minus.

Minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur.

SUMMARIA.

1. *Quomodo minus solvere aliquis intelligatur.*
2. *Minus aliquis solvisse dicitur, cum quod est reliquum exigi ab eo potest.*
3. *Etiamsi propterea ad id exigendum actio non competat, sed retentio.*
4. *Minus solutum intelligitur interdum, etiam si nihil solutum sit.*
6. *Stipulatio, amplius non peti, et cum creditore potest interponi, et cum eo etiam, cui debetur nihil.*

ITem in §. *plus*, *Instit. de action.* ratio sumenda est ex §. *item si ille*, *Inst. de Fideiuss.*
1 Minus † solvitur non solum propter quantitatem, sed etiam propter diem: quemadmodum enim qui 50. debet et 25. solvat, minus solvere intelligitur, ita etiam, qui Calend. Ianuarii debet, si solvat Calend. Maii minus solvit, aufert enim creditori utilitatem et facultatem negotiandi medio tempore. Itaque recte Gallistratus: solidum non solvitur non minus qualitate quam die. L. *solidum*, *de solut.* Usus huius significationis in hoc exemplo: fideiussores non possunt plus debere, quam principales debitores. Si ergo principalis debitor promiserit se soluturum Cal. Ian. recte promittet idem fideiussor Cal. Maii, quia propter tempus adiectum minus obligatur. Item, aliquis publicam aliquam functionem vel tributum tardius solvit, quam debuerit, idque 40. annorum spacio, minus solvit; quæritur num iccirco deinceps quoque minus solvere possit, idest, tardius. Rescriptum esse non posse, quia præscriptio nulla fisco opponitur *L. Competit*, *C. de præscript. 30. ann.* Item, Maritus tenetur uxori quantum facere potest, si ergo minus possit, et minus solverit, cavet se reliquum soluturum, cum ad meliorem fortunam pervenerit *L. unica*, §. *cum autem*, *C. de rei uxor. action.* Itaque si maritus tardius solvat, minus solvit, et ex eo debet usuras. Est enim hic contractus bonæ fidei ex constitut. Iustinian. §. *fuerat*, *Inst. de action. L. mora*, §. *in bonæ fidei*, *de usur.* proinde cautionem præstare debet maritus usurarum nomine. Ita autem
2 intelligimus † aliquem minus solvisse, si quod minus est, ab eo exigi potuit; non enim minus solvit, in quem maioris summæ actio non competit *L. non potest*, *inf. h. t.* Nam qui nihil debet, non potest videri minus solvisse. Is autem quem cogere non possumus ad solvendum, nihil debet *L. debitor*, *infra h. t.* Itaque minus non solvit. Habemus exemplum ex *L. ult. sup. de eo quod. cert. lo.* fideiussor in actione arbitraria non debet quod propter moram ex sententia Iudicis accedere obligationi potest. Itaque si principalis debitor sortem solverit, quamquam accessionum quoque nomine teneatur, fideiussor tamen non tenebitur, nec poterit videri minus solvisse, si sortem solverit, quia nulla actio datur adversus eum ad consequendas accessiones. Aliud exemplum in *L. 4. C. depos.* deposueram apud te 100. usus es ea pecunia, proinde usuras eius summæ debes, ago tecum actione depositi; contigit ut condemneris tantum in sortem, non in usuras. Si sortem solveris, non potes videri minus solvisse: quamquam enim debeas usuras, quia tamen nulla superest actio ad eas petendas, non potes videri minus solvisse: non possunt enim peti hæ usuræ nisi actione depositi, qua iam actum est. Itaque si rursus agatur, opponetur exceptio rei iudicatæ. Ex quibus apparet minus solvi, si competat actio ad petendum quod est reliquum. Addo minus etiam † solvi, si non 3
competat actio, sed tantum retentio. In contrahenda pignoris obligatione convenit nudo pacto, ut usuræ deberentur nulla interposita stipulatione. Itaque nulla actio competit ad eas petendas. Offero tibi deinde sortem et repeto pignus; non vis reddere, adiicis me minus solvere, quia usuras non præstem. Rescriptum est, quia ius est tibi retinendi pignus quoad usuræ solvantur, me videri minus solvisse *L. per retentionem*, *L. pignoribus*, *C. de usur.* Interdum vero † minus significat nihil *L.* 4
minus, 33. *h. t.* Minus enim solutum intelligitur etiamsi nihil solutum sit. Eadem significatio et exemplum est in *L. 7.* §. *minus*, *supra*, *de tribut. action.* Si dominus nihil tribuerit, minus tribuere videtur. Item in *L. si ita a te*, 150. *h. t.* Titius debet mihi 100. stipulor a Mævio; quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes? contigit ut nihil potuerim consequi a Titio, quæritur an Mævius teneatur? non videtur, quia promisit sub conditione L. 10. *supra*, *de verb. obl. L. si 10. supra*, *de solution.* Significat enim stipulatio, si quid a Titio consecu-

tus

tus fuero, sed non totum; deficit autem hæc conditio, quia nihil omnino consecutus sum; idque verum est si proprietatem verbi spectes: sed tamen quia minus usurpatur pro nihil, non est dubium quin teneatur Mævius in totum, quod Titius debuit. Eadem est significatio, et idem exemplum *d. L. si decem*, *L. amissi supra*, *de fideiussor. et L. ult. supra*, *si cert. pet.*
5 Denique in *L. verbum amplius* † 82. *h. t.* quam coniunge cum *L. amplius sup. rem ratam hab.* possumus stipulari a creditore aut eius procuratore amplius non peti: idem quoque possumus ab eo, qui creditor non est, et cui nihil debetur. Et hæc stipulatio adversus eum committitur, quamquam revera petitio eius inanis sit, cum ei nihil debeatur, et hoc fit, quia verbum amplius usurpatur pro nihil; quemadmodum et verbum minus in *h. L.* qua ratione autem committatur hæc stipulatio amplius non peti, intelligitur ex *d. L. ampl.* et *L. procurator sup. rem ratam haberi.* Huc etiam *L.* 1. §. *hæc verba. Si cui plus quam per L. Falcid.* græce tribus verbis dicunt: ὅλως, τὸ παντελῶς καί τὸ βραδίως.

Ad L. Mulieris. 13.

Idem libro VI. *ad Edictum.*

Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur.

SUMMARIA

1. Mulieris appellatione omnes muliebris sexus contineri, et n. 3.
2. Sed tamen interdum vocis ea significatio contrahitur ad mulierem quæ virum sit experta.
4. Hac autem L. superior mulieris appellatio ad virginem contrahitur; quæ viripotens vocatur.

1 Mulieris † nomine comprehenduntur omnes quæ sunt muliebris sexus. In-
2 terdum restringitur † ad mulierem quæ virum experta est, ut apophtegma Cicer. cum illi obiiceretur quod sexagenarius virginem duceret, respondit, cras mulierem reddam. Ita accipitur in *L. alioqui* 11. *supra*, *de contrah. empt.* L. *ex empto.* §. *si quis*, *sup. de act. empt.* quæ leges ita conciliandæ sunt, ut quod dicitur *d.* L. *alioqui* emptionem valere mulieris quam emptor existimabat virginem, verum sit summo iure; sed tamen temperandum ex æquo et bono *d.* §. *si quis*, ut actio detur ad resolvendam hanc emptionem, quæ summo iure valet. Multum enim interest an mulier corrupta ematur, an vero virgo intacta. Ita etiam accipitur in *L. si collactaneus*, *supra de manum. vindict.* Sed ge-
3 neralis † significatio mulieris est, ut eius nomine infans, virgo, et quævis puella contineatur, unde factum est, ut muliebri veste legata etiam infantilis vestis, puellarum etc. legetur *L. argento.* §. *muliebri de aur. et argent. legat.* Huius significationis hanc rationem reddit Tertullian. *in lib. de velant. virginib.* quod ex Paulo *ad Galat.* misit *Deus filium suum factum ex muliere.* Et item *benedicta tu inter mulieres*: Sic Servius in 2. *Æneid.* usus obtinuit ut nuptas virgines nuptas mulieres vocemus. Denique etimologia mulieris a mollitie, ut Varro tradit, non minus convenit virginibus quam mulieribus. Hæc tamen † significatio hoc loco contrahitur, 4
ut virgo viripotens contineatur. Sic etiam in *L. quæritur.* §. *mulierem de Ædilit. edict.* Quo loco observandum est mulierem accipi et pro virgine viripotente et muliere corrupta. Usus huius significationis est in hoc exemplo: vendidit aliquis mulierem, tradidit virginem viripotentem, quæritur num satisfecerit? Respondetur ita. Huc *L. in eo* §. *ult. de Reg. Iur.* mulieribus subveniendum est ut defendantur, non ut calumnientur: ergo et virginibus viripotentibus eadem de caussa succurretur. Huc *L. serius de legat.* 3. mulieres legatæ sunt, heres nolebat tradere virgines quæ erant in familia, sed cogetur.

Ad §. 1.

Res abesse videntur, ut Sabinus ait, et Pedius probat, etiam hæ quarum corpus manet, forma mutata est. Et ideo si corruptæ redditæ sint, vel transfiguratæ, videri abesse: quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.

Desinere autem abesse res tunc videtur, cum sic redit in potestatem, ne amittere eius possessionem possimus.

Ob hoc quod furto pridem subtracta est. Abest et ea res, quæ in rebus humanis non est.

Ad L.

Ad L. Labeo. 14.

Paulus libro VII. *ad Edictum.*

Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddantur, vel res corrupta reddita sit, veluti schyphi collisi, aut tabula rasa pictura, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res abesse, etiam si postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse cui pretium abest.

SUMMARIA.

1. *Quot modis res abesse intelliguntur*, et n. 3. 5.
2. *Quando res melius mutata dicatur abesse, aut secus.*
4. *Pretium quando succedat loco rei, aut secus.*
6. *Res abesse quando desinat, et quomodo.*
7. *Quibus in casibus dominus rei suæ possessionem amittat.*
8. *Cui res abest, actio competit ad rem petendum, et quæ.*
9. *Ad id petendum quod abest actiones locum habent in noxali iudicio.*
10. *Item in aliis iudiciis et quibus.*

1 ABsunt † res quarum corpus manet integrum, forma vero est immutata. Itaque si corruptæ sunt, vel in aliam formam mutatæ, recte abesse dicuntur. Corruptæ, ut si vestimentum scissum sit, si scyphi collisi, si tabula, rasa pictura, L. *sequenti.* In aliam formam mutatæ, ut si tabula alia pictura depingatur. Hæc abesse dicuntur, quoniam plus est in manus pretio quam in re manus artem significat. Virgil.

Artificumque manus inter se, operumque laborem.
Miratur . . . .

Solinus. *Ædes ea manum Dædali ostendebat.* Non est legendum hoc loco, *quamquam* pro *quoniam.* Nec non loco separanda sunt substantia et materia, quasi diversa sint; sunt eadem, ut *L. in venditionibus*, §. *inde quæritur*, *de contrah. empt.* ubi substantia et materia pro eodem po-
2 nuntur. Hinc quæritur † si ex huiusmodi mutatione res sit facta pretiosior, an dicendum sit rem abesse? existimant nonnulli non abesse. Sed hoc refellitur, *L. ult. sup. de usu et habit.* ubi dicitur rem fieri deteriorem etiamsi in meliorem statum mutata sit. Distinguitur ergo; vel res facta est pretiosior, sed domino inutilior, tunc dicetur abesse, *d. L. ult.* vel propter mutatam formam utilior facta est et melior etiam; hoc casu non potest videri abesse; verum tamen qui fecit expensas in eam rem ut forma eius immutaretur, siquidem sciebat rem alienam esse, non consequetur eas, Arg. §. *si quis in aliena*, *de rer. divis.* Res
3 † quoque abest, quæ in rebus humanis esse desiit *h.* L. *ult.* quam IC. deperditam vocat, quod in rerum natura non sit, L. *deperditum*, *supra petit. hered.* Item res abest quæ furto subtracta est, L. *seq.* L. *si dominium*, *sup. de furt.* Martial.

. . . Lis est mihi de tribus capellis
Vicini queror has abesse furto.

Et Quintil. *declamat.* 13. *Age si mihi alvei furto abessent*, etc. Sic L. *in eum*, 18. *C. de furt. et serv. corrupt.* Quod adeo verum est, ut si ipse dominus emerit rem sibi subtractam modo ignorans, tametsi post resciverit eam fuisse suam, tamen recte res abesse dicatur, pretium enim solvit; cui autem pretium abest, ei res abesse dicitur. L. *si servus*, 21. *supra*, *de eviction.* ubi corpus sive rem, et pecuniam sive pretium abesse pro eodem usurpantur, et L. *plane* 34. §. *quod si rem*, *de legat.* 1. Additum est hoc loco *ignorans*, non quod emptio rei suæ valeat a sciente contracta videlicet, sed quod si sciens emisset, videretur donasse pretium, nec ei abesse; cum vero ignorans emit, abest pretium et id repetere potest L. *suæ rei*, *sup. de contr. empt.* Hinc † quæritur an pretium generaliter succedat loco rei? recte videntur distinxisse interpretes. Censuerunt succedere in universalibus L. *imperator*, §. *ult. de legat.* 2. ut in hereditate, dote L. *si et rem*, *sup. de petit. hered.* L. *res in dotem sup. de iure dot.* In particularibus non item L. *venditor*, 21. *supr. de hered. vend.* nisi cum aliquo agatur ex eo, quod sit locupletior, non minus enim quis locupletatur pretio quam re: et proinde pretium succedit in locum rei L. *si ipsa*, *sup. quod metus caus.* Item nisi agatur contra eum qui hoc agere debuit, ut actor rem haberet sine alicuius pretii solutione. Nam si id non fecerit, restituet pretium quod actori abest: eiusmodi est heres. L. pla- 4

L. *plane*, §. *quod si rem de legat.* 1. *et fur.*
5 *in h.* L. Abest † quoque quod in sua spe-
cie non permansit L. *Seia*, *sup. de aur. et*
arg. leg. Abest res consecrata aut publica-
ta, videtur enim interiisse L. *verum*, §. *ult.*
pro socio. Abest id in quo obligati sumus
L. *si quis*, 28. *de neg. gest.* Abest pecunia
fideiussori, si delegaverit creditori debitor,
etiamsi qui solvendo non sit L. *inter caus-*
sas, §. *abesse*, *sup. mandati.* Abest quoque
pecunia marito qui onera matrimonii susti-
net non accepta dote L. *Iulianus*, 47. *su-*
pr. mandati. Abest denique quod quis ex-
6 pendit L. 28. *sup. solut. matrim.* Contra †
res abesse, desinit cum sic redit in pote-
statem, ne amittere eius possessionem pos-
simus *h.* L. *et* L. *mulieris.* Lex Atinia vo-
luit rei furtivæ æternam esse auctoritatem
Gell. N. 17. *C.* 7. Cic. 3. *in Verrem.* L. 4.
et L. *non solum*, *de usucapion.* Itaque usu-
capi non potest, et quoties redierit in po-
testatem domini, ab eo usucapi poterit,
sublato vitio rei furtivæ *d.* L. 4. Sed ut
redierit in potestatem domini, et ut proce-
dat usucapio, aliquot sunt necessaria; ut
dominus sciverit rem sibi fuisse subtractam
L. *qui fundum*, §. *pen. pro empt.* Deinde
ut sciverit eam rediisse ut suam L. *si ad*
dominam, L. *inter*, *inf. de furt. d.* L. 4.
§. *tunc in potestatem*: deinde necesse est ne
amittere eius possessionem possit *d.* §. *tunc*
in potestate, L. *non videtur*, *supra*, *de ac-*
7 *quir. poss.* Ex quibus quæstio † nascitur,
quomodo fieri possit ut dominus amittat
possessionem, a quo æquissimum est eam
retineri? Respondetur, duobus casibus eam
amittere. Primus est, ri rem suam vi oc-
cupavit, priusquam enim de proprietate a-
gatur, contenditur de possessione, et qui
abstulit possessionem, restituere cogitur *d.*
L. 4. §. *si dominus.* L. *si quis. C. ad* L.
Iul. de vi publ. Secundus casus est, si fur
rem furtivam bona fide tradiderit alicui et
dominus ei abstulerit, restituere enim co-
getur possessionem L. 1. *in fin. et* L. 2. *sup.*
de condict. triticar. Usus huius significatio-
nis ex eo † apparet, quod cui res abest, 8
ei actio competit ad rem petendam cum hac
distinctione: in bonæ fidei iudiciis prima
actio competit L. 3. §. *reddita. Commodat.*
idem est in actione ex testamento quæ com-
parantur bonæ fidei iudicio L. *Mævius*,
66. §. *in fundo*, *sup. de legat.* 2. In strictis
vero agitur in id quod interest, actione de
dolo L. *et eleganter*, §. *non solum de dolo.*
Habent ergo † locum hæ actiones in noxa- 9
li iudicio cum servus damnum dedit, pu-
ta, rem corrupit, aut furtum fecit, res a-
best. Itaque huius rei nomine noxali iudicio
agitur. Et hæc ratio ostendit disputatum
fuisse, de significatione verbi *abest*, in di-
sputatione de noxali caussa, quod etiam
confirmat *lex* 1. *et lex* 2. *supra si ex no-*
xal. caus. ag. L. 1. *de eo per quem fact.*
erit etc. Et L. *bona*, *sup. de noxal. action.*
quarum inscriptio eadem est. Habet † et- 10
iam locum in iudicio ad exhibendum cum
deterior res est exhibita L. *Iulianus*, §. *si*
quis rem, *supra ad exhibend.* Item in de-
posito, cum res deterior est reddita. L. 1.
§. *si res supra deposito.* Item in stipulatio-
ne, cum homo promissus vulneratus offer-
tur *L. qui sibi*, 33. *supra*, *de solut.* et ex-
empla sunt *d. L. et eleganter* §. *non solum*,
supra de dolo, cum servus promissus tra-
ditur, sed veneno prius dato, aut cum tra-
ditur fundus sed imposita servitute, vel di-
rutis ædificiis, aut exstirpatis arboribus. De-
nique locum habet in actione commodati,
si res commodata deterior, videtur enim
abesse, et proinde rursus petitur, *d.* L. 3.
§. *reddita*, *supra commodat.* quam iunge
cum *L. etiam*, 27. *supra de solution.* Hoc
ergo casu et superioribus omnibus, quibus
res abesse iudicatur, semper recte res pe-
titur.

Ad §. ult.

Rem amisisse videtur, qui adversus nullum eius persequendæ actionem habet.

SUMMARIUM.

1. §. *Hic cum* L. 5. de integr. restitut. *coniungi debet, inde species et ratio utriusque explicatior.*

1 Coniuge † cum *L.* 5. *de restit. in in-*
tegr. Altera alterius rationem conti-
net: aliquis calliditate vel metu incidit in
captionem, et re sua excidit, num exclu-
sus re omnino videtur? Non, nam Prætor
pollicetur actionem rescissoriam: Id enim
apud se habere quis videtur, cuius habet
actionem. *L. id apud infra h. t.* confirmat
L. is qui 15. *de reg. iur.* Ex his ergo recte
sequitur, ut si quis nec rem habeat, nec
actionem ad persequendam, amisisse eam
videatur *h.* §. *ult.* quod confirmatur argu-
mento creditorum. Creditores non sunt, si
nulla eis actio competat. *L. creditores*, *supra.*
Ad L.

Ad L. Bona civitatis, 15.

Ulpianus libro x. *ad Edictum.*

Bona civitatis abusive publica dicta sunt. Sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt.

SUMMARIA.

1. *Publica populi romani in duplici genere* L. 4. D. de contr. empt *conciliatur cum* L. pacta conventa §. ult. D. eod.
2. *Publicani unde dicti.*
3. *Publicum simpliciter quid significet.*
4. *Publica vectigalia quæ* L. 17. §. 1. D. h. t. illustrata.
5. *Publica abusive dici quæ sunt civitatum.*
6. *Municipia et civitatis loco privatorum haberi; exponitur* L. 4. §. ult. D. ad L. Iuliam pecul. et n. 7.

PUblica vocantur quorum usus in commune expositus est, et omnibus patet L. *in tantum*, *de rer. divis.* L. *ergo* 30.
1 §. 1. *de adquir. rer. dom.* Publica † proprie dicuntur, quæ sunt populi Romani, *h.* L. Ea sunt duorum generum, aut in usu populi Romani, aut in pecunia sive patrimonio. *L. usucapionem*, *sup. de usucapion.* L. *quod in littore*, *sup. de adq. dom.* L. *pacta conventa*, *§. ult. de contrah. empt.* Ex qua distinctione conciliabitur L. 4. *de contrah. empt. cum d. leg. pacta conventa.* Quod enim dicitur L. 4. publica non posse vendi, referendum est ad ea quæ sunt in usu populi. Nam quæ sunt in patrimonio populi vendi possunt, sic est, *pacta conventa.* Et eorum commercium permissum est propter utilitatem rei publicæ. Huc L. *cum qui*, *inf. eod.* publici appellationem in compluribus caussis ad populum Romanum respicere, ait *compluribus*, propter civitates, ad quas respicit ius publicum in aliquibus caussis. Ex
2 hac significatione † impositum est nomen publicanis: vocantur enim quod vectigalia populi Romani conducta habeant *L. eum qui h. t. L.* 1. *in fi. et L. quantæ in fi. sup.*
3 *de publican.* Publicum † enim simpliciter vectigal significat *d.* L. 1. *L. ut conductione* 33. *pro soc.* Cicer. *in Oration. de provinc. et consular.* An *qui frui publico non potuit etc. in Epistola* 1. *ad* Quint. fratr. *Publicis male redemptis*, hoc est, vectigalibus; et Horat. 1. *Epistol.* pars hominum
4 gestit conducere *publica.* Nec obst. † L. *inter publica* 17. *in fin. inf. eod.* Quod illic dicitur vectigalia publica esse ex quibus vectigal fiscus capit, sciendum est potestate populi translata in Principem, solitum fuisse principem percipere reditus quos antea percipiebat populus, et semper tamen rei mansisse nomen publicum, quia primo ita impositum est, quemadmodum taberna, etiamsi ex tab. hodie non fiat, tamen taberna vocatur. Denique cum Princeps vel fiscus hos reditus percipit, populus videtur percipere, quia princeps successit in locum populi. Huius generis vectigalia sunt, rerum venalium, portuum, metallorum, salinarum, L. *inter publica. C. de metall. t. t. de public.* Publica † ergo non sunt quæ 5
sunt civitatum; unde I. C. ait bona civitatis abusive publica dici *L. bona his.* Sic et civitates loco privatorum haberi. L. *eum qui hic.* Ad ea referenda est *L. inter publica in pri. hic.* Sic etiam bona publica et civitates separantur in L. *usucapionem*, *de usucapion.* Sic etiam respublica separatur a civitate L. *sed et si §. ultim. supra*, *ex quib. caus. maiores.* Itaque quoties bona civitatum appellantur publica, aut civitas aliqua res publica, id fit per abusionem nominis L. *ult.* L. *illud C. sacrosanct. Eccles.* L. *mancipia. C. de serv. fugitiv.* L. *respublica C. ex quibus causs. maior L. abesse Supra ex quib. caus. maior.* L. *legatus* L. *sciendum* L. *qui libera. sup. de legation.* L. 5. §. *idem ait Supra. Quod vi aut clam.* L. *qui sine supra*, *de neg. gest.* L. *Titio supra*, *ad municip.* Huc L. *bona* L. *inter*; cum L. *sicut supra. Quod cuiusque univers. cum* L. 1. *Sup. de calumniat. et* L. 1. *quod iussu. et* L. 4. *de vi et vi armat. et* L. *eum qui cum* L. 1. *sup. quod cuiusque univers.* Quibus omnibus locis vel nominatim mentio fit publicorum, vel tacite, cum videl. agitur de rebus mancipiorum sive civitatum, quæ bona publica abusive dicuntur; quoniam † civitates loco 6
privatorum habentur L. *nihil interest supr. de S. C. Maced.* Aliud exemplum in L. 1. *in §. illud sciendum de Ædilit. edict.* Si civitas vendiderit equum morbosum: redhibetur perinde ac si privatus vendidisset: secus si fiscus. Aliud exemplum in L. *sed et si §. ult. sup. ex quib. caus. maior.* Aliud in L. *ob pecuniam*, *sup. de furt.* ut crimen peculatus committatur oportet publi-

blicam pecuniam esse subreptam. Quod si pecunia civitatis subrepta sit, peculatus non est, sed furtum tantum, quia civitas est loco privati.
7 Nec † obst. L. 4. *sup. ad* L. *Iul. pecul.* ubi si pecunia civitati surripiatur, peculatus est. Dicendum est, *d.* L. *ob pecuniam* tradi summum ius ex propria natura et significatione peculatus, hoc autem summum ius temperatum est Principum constitutionibus ex æquitate, et quod in pecunia populi Romani tantum obtinebat ex vi verborum, productum ad pecuniam civitatis ex æquo et bono constitutionibus Principum; quod exprimitur diserte *d.* L. 4. §. *ult.* et confirmatur exemplo simili in *d.* L. *sed et si* §. *ult. supra ex quibus caus. maior.* ubi summo iure non habetur pro absente reipubl. qui aberat pro civitate, sed ex æquo et bono id temperatum est. Itaque non est mutanda lectio *d.* L. *ob pecuniam*, nec legendum, nec non, pro non, ut putat *Alciatus libr. primo distinctione cap.* 3.

Ad L. Munus. 18.

Paulus libro IX. *ad Edictum.*

Munus tribus modis dicitur: uno donum: et inde munera dici dari, mittive. Altero, onus: quod cum remittatur, vocationem militiæ munerisque præstat: inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari. Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.

SUMMARIA.

1. *Munus quot habeat significationes.*

2. *Municipes abusive qui.*

1 MUnus † significat donum, unde lex muneralis dicta est, quæ vetabat ne cui ob caussam orandam pecuniam accipere liceret, meminit Tacit. *Lib.* 11. ubi pro Titia, legendum, Cincia, ab auctore Cincio. Festus. Differt tamen a dono, quo genus a specie. L. *inter donum*, *h. t.* Munus est donum cum caussa, ut natalitium quod die natali dabatur. Terent., *in Phormion.* Porro alio munere ferietur Geta ubi peperit. Item nuptialitium, ita enim legendum est *d.* L. *inter donum*, vocatur etiam nuptiale L. 13. *de admin. tut.* Ex quibus efficitur donum sine caussa esse quod nulla necessitate iuris, officii, sed sponte præstatur. Quod si præstetur plerumque laus est: sin minus, nulla reprehensio est, L. *munus.* 214. *h. t.* Obstat illa L. *inf.* non quodcumque munus est, idem donum dici: Ergo latius patet munus quam donum. Resp. munus generaliter accipi et specialiter. Generaliter significat onera, officia, largitiones, *h.* L. *et ita latius patet quam donum d.* L. *munus.* Cum autem specialiter, significat donum, quod ex necessitate officii vel caussa datur; et tunc sub dono comprehenditur his verbis, donum, munus. Operas solebant patroni imponere libertis suis, quæ ab illis præstari volebant *leg. sæpe infra h. t.* L. *qui libertinus.* L. *Campanus*, *de Oper. libert. in L. si libertinus*, pro doni, muneris, legendum donum munus. Hic error ex notis, *o. d. m.* natus est, quibus significatur operæ donum munus. Ex hoc intelligitur L. *eum in venditione*, *supra de contrah. empt. et* L. 8. §. 2. *supra de bon. lib.* Secundo munus est onus, quod cum remittitur, vacationem militiæ munerisque præstat. Unde immunitas appellatur, et immunis qui nullo fungitur onere. Ad hanc significationem pertinet L. *munus*, *infr.* Munus esse quod necessario obimus, lege, more, imperiove eius qui iubendi potestatem habet. Hæc significatio confert ad divisionem munerum in L. *ultim.* §. *de mun.* in patrimonialia, personalia, mixta. Varro ait, *munus dictum est quod muniendi caussa imperatum est, qui enim imperat aliquod onus, imperat ut se muniat.* Hunc sequitur Agretius qui sic etiam distinguit, ut donum sit dantis, munus accipientis, quia qui accipit, sui muniendi caussa accipit. Tertio munus significat officium, ut munera militaria et milites munifici, quos Festus vocat munifices, et ait eos esse qui munus Reipublicæ faciebant, non autem vocabant, quod et Vegetius confirmat, et munifici qui munera dant, et officium quod debent, adimplent. Sic officia decurionum dicuntur munera et magistratuum municipalium, et municipes qui ea munera capiunt.

Huc Varro *Lib. 5. de ling. latin.* qui mu-

2 munus una fungi debent, in L. 1. *ad Municipal.* Municipes † idest, muneris participes quod sint recepti in civitatem Romanam ut munera capiant, abusive suæ cuiusque civitatis cives dicuntur: qui quidem fiunt municipes, manumissione, adoptione, nativitate *d. L.* 1. L. *municipes*, *h. t.* quæ sumpta est ex *Paul. lib. singul. de cognition.* Et cognitiones in 4. genera dividit, quarum unum est de muneribus gerendis L. *pen. supra de extraord. cognit.* Ex quo apparet huius significationis usus, ut in cognitionibus intelligeretur qui munera capere possent, et qui essent municipes. Itaque ea L. *pertinet ad tit. ad Municipal.*

Ad L. Labeo 19.

Ulpianus libro XI. *ad Edictum.*

Labeo libro primo prætoris urbani definit, quod quædam agantur, quædam gerantur, quædam contrahantur. Et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Græci, συνάλλαγμα vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. Gestum, rem significare sine verbis factam.

SUMMARIA.

1. Actus *generale nomen quam vim habeat.*
2. *Contractus proprie quid.*
3. *Contractus latiori significatione acceptus quid sit.*
4. *Pactum legitimum non est contractus.*
5. *Nec item transactio.*
6. *Verbum* facere *quam late pateat, seu quam multa significet.*

1 Actus † generale est, et significat quemvis contractum etiam qui verbis contrahitur ut stipulatio; vel re, ut mutuum, Sic in L. *eum actum*, *de neg. gest. et* L. *notionem*, *infra h. t.* Interdum iunguntur actum et gestum et utroque idem significatur *L.* 1. *supra de offic. procur. Cæsar. et L.* 2. *de cur. bon. dan.* Interdum quoque iunguntur agi et fieri et idem quoque utroque verbo significatur. L. 1. §. 1. *su-*
2 *pra*, *quod cuiusque univer.* Contractus † actus autem est ultro citroque obligatio. Non obstat L. *si donationis*, *C. de Trans.* ubi stipulatio contractus appellatur. Hic
3 traditur propria significatio; alia † impropria et latior est, qua significatur omnis negotiatio sive caussa ex qua obligatio nascitur. Sic et stipulatio contractus dicitur. Item dotis datio vocatur contractus L. *contractus infr. de reg. iur.* Et arrarum datio L. *contractus. C. de fid. instrument.* Pa-
4 ctum † legitimum contractus non est, quia
5 nulla negotiatio ei inest, idem de † transactione quæ pactum est, non contractus. Nec obst. *d.* L. *contractus*, *C. de fide instrum.* ubi transactiones referuntur inter contractus: ibi enim legendum est *transactiones*, pro *transactionum.* Verbum † 6
facere late patet, reddendi enim caussa continetur L. *reddendi*, *h. t.* Huc L. 2. *de fideius.* L. *si in Asia*, *depositi.* Fideiussor acceptus in caussam depositi non tenetur, nisi debitor principalis dolo aliquid fecerit; ergo si debitor reddiderit rem deteriorem, idque dolo, tenetur fideiussor. Huc L. *facere*, *infra eod.* continet etiam ne quis prohibeat id fieri quod se facturum promisit, in qua dicitur aliquem locasse opus faciendum: Denique *facere* communem omnino caussam complectitur, dandi, faciendi, ambulandi. L. *verbum facere*, *h. t.* Facere etiam significat solvere, cum dicimus aliquem conveniri, quatenus facere possit, §. *pen. de action. et* L. *sunt qui*, *supra*, *de re iudicat.* Et eandem vim habet quam dare, cum dicimus, iussus facere ut centum habeam, perinde est ac si iussus esset dare L. *si hered.* 73. *de legat.* 1.

FINIS.

REIMPRIMATUR

Maceratæ hac die 23 Aprilis 1833.

Steph. Can. Gambinius Pro-Vicarius Generalis.

REIMPRIMATUR

Maceratæ hac die 26 Aprilis 1833.

Fr. Raymundus Jaffei Vicarius Sancti Officii.

VISTO PER LA STAMPA

Il Delegato Apostolico *L. Ciacchi.*